

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

35

(2006)

TOMO I



giuffrè editore milano

PIETRO COSTA

PAGINA INTRODUTTIVA

Il 35° 'Quaderno', di carattere miscelaneo, si apre con un saggio di Francesco Saverio Nisio dedicato a Bourdieu: un saggio che costituisce una preziosa occasione, per gli storici del diritto, per riflettere sulle suggestioni teoriche e metodologiche offerte dal sociologo francese. Attraverso una raffinata analisi che mette in contatto autori apparentemente lontani ma in realtà connessi da una fitta trama di richiami e implicazioni (da Spinoza a Carbonnier, a De Certeau, a Canetti), Nisio riflette, nello specchio della sociologia di Bourdieu, sul rapporto fra il diritto e l'organizzazione sociale e sulle radici 'mistiche' (oscuere, profonde: « La société, c'est Dieu », scrive Bourdieu) della norma giuridica.

La seconda sezione della rivista (intitolata tradizionalmente a 'La dimensione giuridica') si apre con un saggio di António Manuel Hespanha, che ha un duplice motivo di interesse, in quanto, per un verso, illumina le caratteristiche principali dello 'ius commune' europeo — un sistema, come scrive l'autore, a « geometria variável », flessibile, alieno da rigide gerarchie normative (e proprio per questo tanto imprevedibile nelle sue prestazioni quanto vario e legato ai diversi contesti) — mentre, per un altro verso, getta un ponte fra l'Europa e l'America, fra il Portogallo e il Brasile coloniale, contribuendo in questo modo a sviluppare una tematica affrontata tanto nel precedente quanto nel presente 'Quaderno'.

Segue un gruppo di saggi (di Paolo Grossi, di Lucien Jaume e di Andrea Landi) che, direttamente o indirettamente, si misurano con il medesimo fenomeno storico: la codificazione come momento di passaggio dal regime 'ancien' a un nuovo ordine socio-giuridico.

Paolo Grossi insiste sulla novità del codice Napoleone: il codice introduce una netta discontinuità nei confronti del passato, prima ancora che per le sue scelte 'sostantive', per la posizione che esso viene ad assumere nel sistema delle fonti, incarnando quell' 'assolutismo giuridico' che per Grossi costituisce la cifra della modernità *sub specie iuris*.

Diversa, ma in qualche misura complementare, è l'ottica del saggio di Lucien Jaume, anch'esso dedicato al codice Napoleone, ma centrato sul problema del suo rapporto con la rivoluzione: un codice che, per certi versi, è chiamato a sancire la fine della rivoluzione, ma per altri versi se ne mostra erede; un codice che per Jaume non deve essere presentato come il trionfo di una società civile desiderosa di ridurre lo Stato a un (pre-spenceriano) 'Stato minimo', ma al contrario deve essere inserito in un contesto dove lo Stato-nazione svolge un ruolo determinante (e appare allora da questo punto di vista quanto mai convincente il richiamo a Hegel e alla sua *Filosofia del diritto*).

Conclude infine questa sorta di 'mini-sezione' dedicata alla codificazione ottocentesca il saggio di Andrea Landi: che, studiando il ducato di Massa e Carrara nel periodo della restaurazione, ha a che fare in realtà non con il codice, bensì con il suo programmatico rifiuto, ma proprio per questo contribuisce ad illuminare, per contrasto, il senso dell'esperienza codificatoria non meno delle ideologie politico-giuridiche della restaurazione.

Non della 'forma-codice', ma di un altro grande archetipo della cultura giuridica (anche) ottocentesca — il diritto romano e la tradizione romanistica — tratta il saggio di Dag Michalsen: un saggio che percorre con rigore la difficile e feconda via della comparazione fra culture e ordinamenti diversi (l'Inghilterra e la Norvegia dell'Ottocento) e mostra i diversi 'usi' del diritto romano nei due paesi: un diritto romano che in entrambi i casi vale più come momento di un'ideologia che non come strumento della prassi e diviene infine (in Inghilterra — si pensi a Maine — come in Norvegia) la componente di un « legal historicism », « a social-legal history based up on the model of legal evolution ».

È ancora il sapere giuridico il protagonista del saggio di Carlos Petit ed è ancora la dimensione comparatistica una delle sue caratteristiche principali. Il contesto analizzato è la Spagna ottocentesca

e l'angolo di osservazione è peculiare e quanto mai interessante: le riviste giuridiche, assunte come espressione di una cultura in mutamento, bisognosa di nuovi e più agili strumenti di formazione e di trasmissione del sapere. Sono le riviste che favoriscono un forte scambio fra le diverse culture nazionali (fra Spagna e Francia, prima, e poi fra Spagna e Italia — valgano i nomi di un internazionalista come Pasquale Fiore e di tanti penalisti, da Carrara a Ferri); sono le riviste che favoriscono lo spostamento della cultura giuridica — un fenomeno brillantemente analizzato da Petit già in studi precedenti — dall'ambito della 'retorica forense' a un tipo di sapere che si vuole rigorosamente 'scientifico'.

La Spagna di Petit è lontana dal Brasile post-coloniale analizzato da Ricardo Marcelo Fonseca; e tuttavia proprio la distinzione (introdotta da Petit) fra il modello forense, oratorio, ciceroniano di giurista (e di sapere giuridico) e l'idea di un giurista 'scienziato' è confermata da Fonseca per il Brasile e impiegata per cogliere il passaggio fra due diverse stagioni della cultura giuridica brasiliana; dove la 'scientificizzazione' del sapere giuridico, per un verso, si alimentava delle suggestioni della sociologia positivistico-evoluzionistica (che Petit e Michalsen hanno mostrato influente nella Spagna come nella Norvegia di fine Ottocento), mentre, per un altro verso, si intrecciava con una rilevante trasformazione (in Brasile, ma anche in Spagna, come ha segnalato Petit) dell'educazione del giurista, delle istituzioni deputate alla sua formazione.

Si collocano in un orizzonte schiettamente trans-nazionale e trans-europeo i saggi di Francescomaria Tedesco, di Valerio Marotta e di Bartolomé Clavero, che si propongono come una sorta di continuazione ideale del tema affrontato dal precedente 'Quaderno', dedicato alle forme del pensiero e della prassi giuscoloniale degli ultimi due secoli. Tanto il saggio di Francescomaria Tedesco quanto il contributo di Valerio Marotta propongono una riflessione su una parola-chiave dell'attuale dibattito filosofico-politico — l'impero — contribuendo a una rigorosa analisi storico-teorica di questo concetto: un concetto che Tedesco studia attraverso il contributo di un affascinante filosofo del Novecento — Alexandre Kojève — mettendo a fuoco il suo rapporto con Schmitt e ricostruendo la complicata rete degli influssi e delle suggestioni esercitate dal filosofo russo; mentre Marotta si impegna in una difficile

analisi storico-comparatistica dei due grandi 'imperi' (l'impero romano e l'impero britannico) studiando l'opera di James Bryce (un autore cui anche il saggio di Michalsen fa riferimento, affermando che egli « presumably represented the most significant ideology of Roman law in England at the turn of Century »).

Anche il saggio di Clavero — dedicato al problema del diritto del lavoro nell'isola di Bioko, una colonia spagnola nel golfo di Guinea — si pone sulla linea di una doppia continuità: con il tema del precedente 'Quaderno' e con i numerosi e fondamentali contributi alla comprensione del diritto coloniale già offerti da Clavero ai lettori degli ultimi volumi dei « Quaderni Fiorentini ». Siamo posti di fronte a un vero e proprio *case study*, dal quale emergono tratti caratteristici del colonialismo ottocentesco, quali la flagrante dissociazione fra 'forma' e 'sostanza', l'inadeguatezza della troppo semplice distinzione fra lavoro 'libero' e lavoro 'servile', l'impatto costituzionale del modello 'familista', l'idea di un governo locale come « gobierno doméstico, así también familiar o, mejor, interfamiliar, de los padres de familia colonizadores, como igualmente, de igual modo, lo era el poder de la propiedad sobre el trabajo ».

Potremmo parlare (anche se Clavero non accoglie questa ipotesi) di un 'antico regime' cronologicamente contemporaneo con la 'modernità' europea. È peraltro un'illustrazione eloquente delle differenze e delle connessioni fra 'pre-modernità' e 'modernità' il saggio di Esteban Conde Naranjo che, studiando gli scritti di Valentín Tadeo de Foronda, mette in luce un tratto caratteristico del regime che la rivoluzione francese ci ha abituato a chiamare 'antico': l'enfasi interventista, 'governamentale', di una letteratura che Conde chiama 'proto-amministrativa'; in realtà, però, si tratta di un regime 'antico' la cui continuità con il 'moderno' non può essere in nessun modo sottovalutata, come mostra l'autore richiamando Bentham (il Bentham 'panottico', tutt'altro che refrattario a interventi 'censori' ed 'educativi').

Giungiamo infine all'Italia con gli ultimi tre saggi del 'Quaderno'. Carlotta Latini affronta il problema dell'equità nella letteratura giuridica italiana fra Otto e Novecento: un problema delicato perché attraverso di esso vengono al pettine i nodi di un'ermeneutica giuridica saldamente attestata sul dogma del sillogismo giudiziale, ma anche costretta a confrontarsi, di fronte al rapido muta-

mento sociale, con le proposte dei ‘revisionisti’ (favorevoli a un’interpretazione ‘storico-evolutiva’ della legge) e infine con gli eterodossi campioni del giusliberismo.

Domenico Siciliano affronta il problema del ‘diritto alla difesa’ nella penalistica italiana fra il codice Zanardelli e il fascismo, mostrando come le scelte ideologico-politiche e la visione complessiva della società incidano sulla configurazione di quel ‘diritto’: sottoposto a condizioni e limitazioni rigorose nell’ottica garantistica della Scuola Classica e progressivamente dilatato alla luce della contrapposizione fra ‘delinquenti’ e ‘normali’, in modo da fare del ‘diritto alla difesa’ lo strumento di una lotta ‘generalizzata’ alla criminalità.

Massimiliano Gregorio infine studia la recezione della Costituzione italiana del 1948 da parte della dottrina giuridica coeva — una recezione certo non omogenea, ma spesso tiepida se non ostile — e passa in rassegna i modelli culturali che, ancora dominanti nei primi anni Cinquanta, spiegano la difficile vita della nuova carta costituzionale nei primi anni della repubblica (e il dibattito sulle cosiddette ‘norme programmatiche’ della Carta è uno specchio istruttivo delle difficoltà da essa incontrate).

Nella sezione ‘Lecture’ vengono presentati libri di Pio Caroni e di María José María e Izquierdo e un volume collettaneo curato da Salustiano de Dios, Javier Infante e Eugenia Toryano; nella sezione ‘A proposito di...’ Andrea Bortoluzzi discute il libro di Francesco Galgano dedicato a ‘diritto e globalizzazione’, Alberto Gargani la recente pubblicazione delle lezioni di Aldo Moro, Paolo Grossi un lavoro penalistico di Massimo Donini e un contributo di storia giuridica brasiliana di Laura Beck Varela e Luca Nogler il libro giuslavoristico di Michael Kittner.

È attiva in questo volume della rivista anche la sezione ‘Strumenti’, destinata a fornire al lettore ausili di carattere (in senso stretto o lato) ‘bibliografico’; ed un prezioso strumento è offerto dalla bibliografia degli scritti di e su Bourdieu messa a punto da Francesco Nisio (a ideale coronamento del saggio pubblicato in apertura del ‘Quaderno’).

Un ‘ricordo’ di Mario da Passano, scritto da Vito Piergiovanni, e un ‘ricordo’ di Giulio Vismara, scritto da Antonio Padoa Schioppa, concludono il volume.

Modelli e dimensioni

FRANCESCO SAVERIO NISIO

METAMORFOSI DI BOURDIEU.
LA MISTICA, IL DIRITTO, LA STORIA

« C'est ce que je surnomme le 'mystique'... Cette violence... est, dans le droit, ce qui suspend le droit. Elle interrompt le droit établi pour en fonder un autre. Ce moment de suspens, cette epoké, ce moment fondateur ou révolutionnaire du droit est dans le droit une instance de non-droit. Mais c'est aussi toute l'histoire du droit. *Ce moment à toujours lieu et n'à jamais lieu dans une présence* ».

JACQUES DERRIDA,
Force de loi. Le 'Fondement mystique de l'autorité'

1. Sociologo e spinozista. — 2. « La société, c'est Dieu ». — 3. Habitus e non-droit. — 4. Storicismo razionalista. — 5. « Un entre d'autres ». — 6. Un futuro, sempre.

1. *Sociologo e spinozista* (*).

C'è un solo studio, per di più inedito, sul rapporto fra Bourdieu e Spinoza (1). E ciò nonostante il fatto che, come afferma Jacques Bouveresse, egli si sia « beaucoup référé à Spinoza » (2); e che lo stesso Bourdieu abbia avuto modo di dichiarare, « En tant que so-

(*) Più avanti in questo stesso volume, nella sezione *Strumenti*, è possibile consultare la *Bibliografia di Pierre Bourdieu*.

(1) P. SEVERAC, *Le Spinoza de Bourdieu*, comunicazione al colloquio *Spinoza aujourd'hui*, Cerisy-La-Salle, 20-30 luglio 2002, dattiloscritto.

(2) J. BOUVERESSE, *Bourdieu, savant & politique*, Marseille, Agone, 2003, p. 39.

ciologue professionnel, il me faut bien être un peu spinoziste, accepter les tendances immanentes du monde » (3). « Un peu spinoziste »: a leggere la quantità di riferimenti alle opere ed ai concetti del filosofo ebreo portoghese-olandese, impliciti ma soprattutto espliciti, non parrebbe trascurabile, in effetti, quel legame intellettuale.

Di tale spinozismo si può indicare un esempio per tutti a proposito del concetto basilare della sociologia di Bourdieu, l'*habitus*. Si tratta di una « disposition durable » e di un'« éventualité probable » (4), dunque di una « tendance à agir d'une manière régulière » (5), la quale struttura anche le regolarità collettive, poiché anche i gruppi sono legati, nella « tendance à persévérer dans leur être, [...] entre autres raisons, au fait que les agents qui les composent sont dotés de dispositions durables, capables de survivre aux conditions économiques et sociales de leur propre production » (6). Bourdieu aggiunge nelle *Méditations pascaliennes*: « Les stratégies de reproduction que l'habitus engendre sont une des médiations à travers lesquelles s'accomplit la tendance de l'ordre social à persévérer dans l'être, bref, ce que l'on pourrait appeler son *conatus* » (7).

Il richiamo al *conatus* spinoziano è qui chiaro ed inequivocabile e ricorda molto da vicino la medesima riflessione che un altro profondo conoscitore di Spinoza, Lucien Lévy-Bruhl, filosofo ed etnologo, consegnò ai *Carnets* postumi: « Le sentiment que [les Canaques] ont de leur existence propre est fondu dans le sentiment de leur appartenance à ce group: leur effort pour persévérer dans leur

(3) Ivi, p. 59.

(4) BOURDIEU, *Le sens pratique*, Paris, Minuit, 1980, p. 71.

(5) P. BOURDIEU, *Habitus, code et codification*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 64, 1986, p. 40. Circa l'*habitus*, si veda l'intero cap. 3 del *Livre 1* de BOURDIEU, *Le sens pratique*, cit., p. 87 ss.

(6) Ivi, p. 105.

(7) BOURDIEU, *Méditations pascaliennes. Éléments pour une philosophie négative*, Paris, Seuil, 1997, 2003² (in questa seconda e definitiva edizione non compare più il sottotitolo), p. 219; si veda anche alla p. 310.

être est donc en même temps un effort pour persévérer dans l'être du group » (8).

Bourdieu ha lavorato a lungo su questo concetto fondamentale dell'*Ethica*, un concetto nel quale, come si vede da entrambi i riferimenti indicati, è costitutiva la commistione fra una tendenza « istintiva », di derivazione biologica, ed un « sentiment de l'existence » che si condensa in una « disposition durable »: « sentiment de l'appartenance » che è ad un tempo culturale e biologico, legato ad una trasmissione simbolica (si tratta di un « group ») radicata in una condizione d'esistenza (« conditions économiques »). Si tratta di « croyance », dunque di una « fede » (9).

La presenza e rilevanza della meditazione spinoziana nell'opera di Bourdieu è costante e strategica e meriterebbe un lavoro specifico di ricostruzione esegetica. Tre esempi, fra i molti possibili: il primo è lo stile « geometrico » (assiomi, proposizioni, scolii) che organizza il *Livre I* de *La reproduction. Éléments pour une théorie du système d'enseignement*, Paris, Minuit, 1970, 1989². Il secondo è il riferimento al linguaggio quale « substance », anche in rapporto al campo giuridico: « Le nom propre est le support (on serait tenté de dire la substance) de ce que l'on appelle l'état civil, c'est-à-dire de cet ensemble des propriétés (nationalité, sex, âge, etc.) attachées à des personnes auxquelles la loi civile associe des effets juridiques et qu'instituent, sous apparence de le constater, les actes d'état civil » (*L'illusion biographique*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 62-63, 1986, p. 71). Si segnala poi il luogo nel quale emerge la rilevanza dell'analisi storico-critica condotta da Spinoza su un « champ » specifico, quello religioso della tradizione biblica: nelle *Méditations pascaliennes*, in coda al *Post-scriptum* dal titolo « L'oubli de l'histoire » nel capitolo sulla « Critique de la raison scolastique » (critica « de l'ordre que, pour évoquer Spinoza, [on peut appeler] gnoséologico-politique » (10) e che rappresenta, in effetti, il filo rosso che unifica l'intero profilo epistemologico dell'opera di Bourdieu), viene effettuato un rinvio « aux différents passages du *Tractatus* où Spinoza définit le programme d'une véritable science des oeuvres culturelles », un « programme magnifiquement

(8) L. LÉVY-BRUHL, *Les Carnets de Lucien Lévy-Bruhl*, con Préface di M. Leenhardt, Paris, Puf, 1949; Puf/Quadrige 1998², p. 103. Su Lévy-Bruhl e Spinoza si veda F.S. NISIO, *Partecipazione come Scientia intuitiva. Lévy-Bruhl e Spinoza*, in « Revue philosophique de la France et de l'étranger », 3, 2005.

(9) Il primo testo pubblicato dal giovane Bourdieu reca fin nel titolo il lemma « foi »: *Tartuffe ou le drame de la foi et de la mauvaise foi*, in « Revue de la Méditerranée », 4-4, 1959.

(10) P. BOURDIEU, *L'inconscient d'école*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 135, 2000, p. 5.

sacrilège » che deve operare attraverso la « 'enquête historique' visant à déterminer non seulement 'la vie et les mœurs de l'auteur de chaque livre, le but qu'il se proposait, quel il à été, à quelle occasion, en quel temps, pour qui, en quelle langue enfin il a écrit', mais aussi 'en quelles mains [le livre] est tombé [...], quels hommes ont décidé de l'admettre dans le canon, comment les livres reconnus comme canoniques ont été réunis en un corps' »⁽¹¹⁾. Si sottolineo la circostanza che il testo di Alexandre Matheron, *Individu et communauté chez Spinoza* (Paris, Minuit, 1969) — il quale ha inaugurato, insieme al volume di Deleuze, *Spinoza et le problème de l'expression* (Paris, Minuit, 1968), la ripresa della filosofia di Spinoza in Francia ed in Europa nel secondo dopoguerra — venne edito, precisamente per volere di Bourdieu, all'interno della collana « Le sens commun », da lui diretta presso le *Editions de Minuit*. Tre testi nei quali l'accostamento con Spinoza produce argomenti per la rilettura del tema dello « structuralisme »: F. LORDON, *Conatus et institutions: pour un structuralisme énergétique*, in « L'Année de la régulation », 5, 2003; F. LORDON, *Revenir à Spinoza dans la conjoncture intellectuelle présente*, in « L'Année de la régulation », 7, 2003; F. LORDON, *L'intérêt souverain*, Paris, La Découverte, 2006.

Non sarebbero pochi, a tal proposito, gli ulteriori richiami effettuabili ad altri autori che hanno a lungo analizzato il legame fra « Lebensform » e « Gewissheit », dunque fra dimensione antropologica e « Gefühl » (qui, il sentimento della certezza), e fra questi Wittgenstein *in primis*.

Sul rapporto tra Bourdieu e Wittgenstein, diversamente che per Spinoza, i riferimenti nella letteratura secondaria abbondano, se ne indicano i due maggiori: BOUVERESSE, *Bourdieu, savant & politique*, cit., p. 139-146, 151-161; C. TAYLOR, *Suivre une règle*, in « Critique », 579-580, 1995.

Ciò che adesso preme sottolineare è il radicamento sensibile, emozionale, di tale dimensione di « croyance », di fiducia come disposizione durevole verso una « éventualité probable ». Bourdieu parla di « état de corps », piuttosto che di « état d'âme ».

« La croyance pratique n'est pas un 'état d'âme' ou, moins encore, une sorte d'adhésion décisive à un corps de dogmes et de doctrines instituées ('les croyances'), mais, si l'on permet l'expression, un *état de corps*. La doxa originaire est cette relation d'adhésion immédiate qui s'établit dans la pratique entre un habitus et le

(11) BOURDIEU, *Méditations pascaliennes*, cit., p. 71.

champ auquel il est accordé, cette expérience muette du monde comme allant de soi que procure le sens pratique. La croyance en actes, inculquée par les apprendistages primaires [...], est la forme par excellence de cette sorte de ‘pensée aveugle ou encore symbolique’ dont parle Leibniz [...] et qui est le produit de dispositions quasi corporelle, schèmes opératoires [...]. Le sens pratique, nécessité sociale divenuta natura, convertita in schèmes moteurs et en automatismi corporelli, est ce qui fait que les pratiques, dans et par ce qui en elles reste oscuro agli occhi dei produttori e per où se trahissent les principes transsubjectifs de leur production, sont *sensées*, c’est-à-dire abitate da un senso comune. C’est parce que les agents ne savent jamais complètement ce qu’ils font que ce qu’ils font a plus de sens qu’ils ne le savent. Tous les ordres sociaux tirent systématiquement parti de la disposition du corps et du langage à fonctionner comme dépôts de pensées différées, qui pourront être déclenchées à distance et à retardement, par le simple fait de replacer le corps dans une posture globale propre à évoquer les sentiments et les pensées qui lui sont associés, dans un de ces états inducteurs du corps qui, comme le savent les comédiens, font surgir des états d’âme » (12).

Per comprendere a fondo questo testo e dar conto della genesi degli « états d’âme » può esser utile passare attraverso la tematica spinoziana del parallelismo psico-fisico, nonché rileggere il problema del rapporto tra corpo e linguaggio per come si presenta in Spinoza e Wittgenstein (si è letto che « tous les ordres sociaux tirent systématiquement parti de la disposition du corps et du langage à fonctionner comme dépôts de pensées différées »). Si è già ricostruita la filiazione « sociologica » via Halbwachs (i « cadres sociaux ») del tema spinoziano in questione: F.S. NISIO, *Comunità dello sguardo. Halbwachs, Sgalambro, Cordero*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 105-124; si veda anche F.S. NISIO, *Jean Carbonnier*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 108-112. Circa il rapporto tra la filosofia di Wittgenstein e quella di Spinoza, tema raramente affrontato dagli studiosi, si veda P. GILLOT, *La pensée sans lieu. La critique de l’intériorité de Spinoza à Wittgenstein*, in « Philosophie », 87, 2005.

Va sottolineato il riferimento che Bourdieu effettua a ciò che resta « oscuro » agli occhi dei produttori delle pratiche: i « principes transsubjectifs » di quella produttività. È la condizione di

(12) BOURDIEU, *Le sens pratique*, cit., p. 115-116.

« oscurità » di ciò che è *sub-stans* ad avere un particolare valore in questo contesto analitico. Bourdieu infatti, ricollegandosi ad un « oscuro » elemento transsogettivo, dunque ad una *doxa* e non ad un principio dogmatico esplicitamente dichiarato e leggibile in un testo, sacro o profano che sia, compie un passo ulteriore rispetto a grandi sociologi quali Durkheim e Weber, autori ai quali egli stesso si è richiamato più volte, ed in modo trasparente, quali importanti antecedenti nel cammino del proprio nascente « structuralisme génétique ».

Sul rapporto con Durkheim, disseminato capillarmente nell'intera produzione di Bourdieu, D. ROBBINS, *Durkheim through the Eyes of Bourdieu*, in « Durkheim Studies/Etudes Durkheimiennes », 9, 2003; su Weber, P. BOURDIEU, *Une interprétation de la théorie de la religion selon Max Weber*, in « Archives européennes de sociologie », 1, 1971.

Il sociologo francese fa entrare nella sociologia generale il « religioso », la « nécessité sociale » (o anche, come si vedrà più innanzi passando per Canetti, la condizione di massa dell'uomo), non più come *oggetto* di analisi bensì come *struttura*: questa la grande innovazione. Anche sotto questo profilo, con tutta evidenza, si potrebbero effettuare numerosi paralleli con l'operazione similare compiuta tre secoli prima in filosofia da Spinoza.

Va definita « mistica » tale « struttura » precisamente a motivo dell'accennata non riconducibilità di essa ad una « tradizione » specifica della storia delle dottrine religiose: la dimensione « oscura » cui si richiama Bourdieu, la « substance », è tradizione sociale, *conatus* e dunque « croyance », costituita dal « sentiment d'appartenance au group », *religio* in un senso immanente, collettivo, sociale. Il « mistico », l'« oscuro » quale emozione, quale sentimento del legame sociale: è questo il nucleo della « philosophie négative » in Bourdieu. Filosofia che si articola in concetti quali « habitus », « croyance », « champ » e « jeu », i quali tutti forniscono esplicitazione puntuale di aspetti specifici di tale « negatività ».

« S'“il n'est de science que du caché”, on comprend que la sociologie ait partie liée avec les forces historiques qui, à chaque épo-

que, contraignent la vérité des rapports de force à se dévolier, ne serait-ce qu'en les forçant à se voiler toujours davantage » (13).

Manca ancora solo un elemento per completare il nucleo generatore dell'analitica sociologica di Bourdieu e si tratta della nozione di « forma », la quale compare in tutti i suoi scritti ma assume un rilievo particolare all'interno delle analisi del « champ juridique ». Bourdieu affronta qui il tema della forza illocutoria del linguaggio, in dialogo con studiosi quali Austin e Searle (14). Il tema verrà ripreso a breve.

2. « *La société, c'est Dieu* ».

Spinoza inaugura l'*Ethica* nel nome di Dio: *De Deo* è il titolo della *Pars Prima*. Bourdieu invece, con Dio, chiude le *Méditations pascaliennes*, di certo la sua opera maggiormente « filosofica ». Vi si legge: « Durkheim [...] n'était pas aussi naïf qu'on veut le faire croire lorsqu'il disait, comme aurait pu le faire Kafka, que "la société, c'est Dieu" » (15). « Dieu » è l'ultima parola del libro.

Mistica, filosofia, sociologia, letteratura (il nome di Kafka): il campo d'analisi delle *Méditations pascaliennes* si definisce anche per rapporto a pensatori che furono studiosi del diritto e della legge (*ius/lex* in Spinoza (16), « droit/loi » in Durkheim (17), « Gesetz » in Kafka (18)). Nondimeno, Bourdieu passa per essere un « antijuridiste ». Bisogna dunque intendersi.

(13) BOURDIEU, *La reproduction*, cit., p. 12.

(14) Si veda la voce Austin, J.L. nell'*Index nominum* delle *Méditations pascaliennes*, cit., p. 387; e J. SEARLE, *Réalité institutionnelle et représentation symbolique*, in J. BOUVERESSE-D. ROCHE [a cura di], *La liberté par la connaissance. Pierre Bourdieu 1930-2002*, Paris, Odile Jacob, 2004.

(15) P. BOURDIEU, *Méditations pascaliennes*, cit., p. 351.

(16) P-F. MOREAU, *Jus et Lex. Spinoza devant la tradition juridique, d'après le dépouillement informatique du Traité Politique*, in « Raison présente », 43, 1977.

(17) S. LUKES-A. SCULL, *Durkheim and the Law*, Oxford, Martin Robertson, 1983; R. MARRA, *Il diritto in Durkheim*, Napoli, Esi, 1986.

(18) A. GARAPON, *Kafka ou le non-lieu de la loi*, in « Revue interdisciplinaire d'études juridiques », 28, 1992; F. OST, *Kafka, ou l'en deçà de la loi*, in www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/index.htm.

« S'il est de la vocation même de la sociologie de rappeler que, selon le mot de Montesquieu, on ne transforme pas la société par décret, il reste que la conscience des conditions sociales de l'efficacité des actes juridiques ne doit pas conduire à ignorer ou à nier ce qui fait l'efficacité propre de la règle, du règlement et de la loi: la juste réaction contre le juridisme, qui conduit à restituer leur place, dans l'explication des pratiques, aux dispositions constitutives de l'habitus, n'implique nullement que l'on mette entre parenthèses l'effet propre de la règle explicitement énoncée, surtout lorsque, comme la règle juridique, elle est associée à des sanctions. Et inversement, s'il n'est pas douteux que le droit exerce une efficacité spécifique, imputable notamment au travail de *codification*, de mise en forme et en formule, de neutralisation et de systématisation, que réalisent, selon les lois propres de leur univers, les professionnels du travail symbolique, il reste que cette efficacité, qui se définit par opposition à l'inapplication pure et simple ou à l'application fondée sur la contrainte pure, s'exerce dans la mesure et dans la mesure seulement où le droit est socialement reconnu, et rencontre un accord, même tacite et partiel, parce qu'il répond, au moins en apparence, à des besoins et des intérêts réels » (19).

Tale « effet propre de la règle explicitement énoncée », la sua « efficacité spécifique », fondata sulla « force de la forme » propria al diritto quale « forme par excellence du discours agissant » (20), riposa, secondo Bourdieu, su una « magie sociale » (21) che si esprime attraverso « [des] actes magiques qui réussissent, parce qu'ils sont en mesure de se faire reconnaître universellement, donc d'obtenir que nul ne puisse refuser ou ignorer le point de vue, la vision, qu'ils imposent » (22).

Tre luoghi in cui Bourdieu tematizza *apertis verbis* il problema di « rompre avec le juridisme (le *legalism*, comme disent les Anglo-Saxons) », e dunque con la presa in conto solo di pratiche che abbiano per principio l'obbedienza a regole coscientemente elaborate e sanzionate: BOURDIEU, *Le sens pra-*

(19) P. BOURDIEU, *La force du droit. Pour une sociologie du champ juridique*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 64, 1986, p. 13-14.

(20) *Ivi*, p. 14.

(21) *Ivi*, p. 13.

(22) *Ibid.*

tique, cit., p. 67-70; *Choses dites*, Paris, Minuit, 1987, p. 81; *Habitus, code et codification*, cit., p. 40 (« Des notions que j'ai élaborées peu à peu, comme la notion d'habitus, sont nées de la volonté de rappeler qu'à côté de la norme expresse et esplicita ou du calcul rationnel, il y a d'autres principes générateurs des pratiques. Cela surtout dans des sociétés où il y a très peu de choses codifiées; en sorte que, pour rendre compte de ce que les gens font, il faut supposer qu'ils obéissent à une sorte de 'sens du jeu', comme on dit en sport, et que, pour comprendre leurs pratiques, il faut reconstruire le capital de schèmes informationnels qui leur permet de produire des pensées et des pratiques sensées et réglées sans intention de sens et sans obéissance consciente à des règles explicitement posées comme telles »). Testi nei quali Bourdieu si occupa del diritto: alcuni passaggi ne *La reproduction*, cit.; l'importante paragrafo *L'illusione della regola* in P. BOURDIEU, *Esquisse d'une théorie de la pratique*, Paris, Seuil, 1972 (trad. *Per una teoria della pratica*, Milano, Cortina, 2003, p. 247 ss.); vari luoghi de *Le sens pratique*, cit. (si vedano nell'*Index* le voci *Droit*, *Juridisme* e *Règle*); brevi ma perspicui riferimenti ne *L'illusion biologique*, cit.; poi il *corpus* centrale, costituito dai testi seguenti: *Habitus, code et codification*, cit.; *La force du droit*, cit.; *De la règle aux stratégies*, in *Choses dites*, cit.; *Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*, in F. CHAZEL-J. COMMAILLE [a cura di], *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, Lgdj, 1991; si aggiungano *Un contrat sous contrainte*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 81-82, 1990; *Droit et passe-droit. Le champ des pouvoirs territoriaux et la mise en œuvre des règlements*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 81-82, 1990; *Le sens de la propriété. La genèse sociale des systèmes de préférences*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 81-82, 1990; *Un fondement paradoxal de la morale*, in P. BOURDIEU, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil, 1994; *Des familles sans nom*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 113, 1996; infine svariati luoghi delle *Méditations pascaliennes* (si vedano nell'*Index rerum* le voci *Champ juridique* e *Droit*). Circa il dibattito sull'« antijuridisme » di Bourdieu si veda, oltre i due dossier (32/1996; 59/2004) della rivista « *Droit et société* »: P. RAYNAUD, *Le sociologue contre le droit*, in « *Esprit* », 39, 1980; R. LENOIR, *Du droit au champ juridique*, in L. PINTO-G. SAPIRO-C. CHAMPAGNE [a cura di], *Pierre Bourdieu sociologue*, Paris, Fayard, 2004, spec. pp. 246-53; A. SALENTO, *Diritto e campo giuridico nella sociologia di Pierre Bourdieu*, in « *Sociologia del diritto* », 1, 2002. Quest'ultimo parla di « antijuridismo di tipo non assiologico, ma epistemologico » (p. 73): quella di Bourdieu è un'analisi che avvia « sui binari di un'epistemologia radicalmente sociologica la ricerca sulla produzione sociale della normatività, evitando in pari tempo qualsiasi concessione al normativismo e all'antinormativismo ingenuo, alla metafisica del diritto positivo e al romanticismo del 'diritto vivente'. Il lettore si trova di fronte a una sociologia del potere e delle regole, della cultura e della conoscenza, eppure tutt'altro che incline a sacrificare sull'altare dell'empirismo l'*Eigen* delle regole di diritto » (p. 72). Salento non vede il rapporto di quest'analisi col « mistico », pur definendo quello di Bourdieu « un progetto spinozista » (p. 37). Va detto che proprio in Francia, negli anni ottanta in cui Bourdieu inizia a concentrare maggiormente l'attenzione sul « *champ juridique* », era già disponibile, e da tempo, l'opera ricca e complessa di Jean Carbonnier, di taglio similmente « antijuridiste » in quanto fondata sulla critica *epistemologica* del « *panjurisme* ».

Il « mistico » in Bourdieu: è il tema della « magia » e del « religioso », sporadicamente giunti all'attenzione degli interpreti. « Magia » operante in tutti i « champs » della società, giuridico incluso.

« La relation des habitus à la règle ou à la doctrine [juridique] est la même dans le cas de la religion où il est aussi faux d'imputer les pratiques à l'effet de la liturgie ou du dogme (par une surévaluation de l'efficacité de l'action religieuse qui est l'équivalent du juridisme) que d'ignorer cet effet en les imputant complètement à l'effet des dispositions, et en ignorant du même coup l'efficacité propre de l'action du corps des clercs » (23). Bourdieu aggiunge: « *Comme la pratique religieuse, la pratique juridique se définit dans la relation entre le champ juridique, principe de l'offre juridique qui s'engendre dans la concurrence entre les professionnels, et les demandes des profanes qui sont toujours en partie déterminées par l'effet de l'offre* » (24).

Si legge in Dianteill: « La religion a un statut paradoxal dans l'oeuvre de Pierre Bourdieu. Les articles qui y sont directement consacrés sont fort peu nombreux et aucun de ses ouvrages importants ne porte su ce sujet [...]. D'un autre côté, certains des concepts les plus importants du 'structuralisme génétique' sont issus des sciences sociales des religions. Hérité de Mauss et Durkheim, le concept de croyance, qui est un ressort de tout champ, en est l'exemple le plus manifeste. Même l'élaboration de ce dernier concept, au dire du sociologue, provient de la rencontre entre ses recherches de sociologie de l'art, commencées vers 1960, et 'le commentaire du chapitre consacré à la sociologie religieuse dans *Wirtschaft und Gesellschaft*' de Weber. J'ai construit, écrit-il, la notion de champ à la fois contre Weber et avec Weber, en réfléchissant sur l'analyse qu'il propose des rapports entre prêtre, prophète et sorcier' (P. BOURDIEU, *Fieldwork in philosophy*, in BOURDIEU, *Choses dites*, cit., p. 33, 63). Autre exemple: c'est dans la lecture du travail de Panofski sur l'architecture gothique et la pensée scolastique que s'est forgée la définition de l'habitus (ivi, p. 23). De ce

(23) BOURDIEU, *La force de droit*, cit., p. 14.

(24) *Ibid.*, la sottolineatura è nostra.

point de vue, l'oeuvre de P. Bourdieu est presque una sociologia des religioni 'generalizzata', la religione presentando di modo paradigmatico des proprietà communi a tutte le sferre d'attività simbolica » (25).

Luoghi in cui Bourdieu affronta temi legati al « campo religioso »: *Po-stface* a E. PANOFSKY, *Architecture gotique et pensée scolastique*, Paris, Minuit, 1967; *Genèse et structure du champ religieux*, in « Revue française de sociologie », 3, 1971; *Une interprétation de la théorie de la religion selon Max Weber*, cit.; *La sainte famille. L' piscopat français dans le champ du pouvoir*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 44-45, 1982; *Le champ religieux dans le champ de manipulation symbolique*, in G. VINCENT [a cura di], *Les nouveaux clercs. Prêtres, pasteurs et spécialistes des relations humaines et de la santé*, Genève, Labor et Fides, 1985; *Sociologues de la croyance et croyances de sociologues*, in « Archives de Sciences Sociales des Religions », 1, 1987; *Le rire des évêques et Propos sur l'économie de l'Eglise*, in BOURDIEU, *Raisons pratiques*, cit.; *Piété religieuse et dévotion artistique*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 105, 1994. Bourdieu ha anche fatto riferimento alla letteratura scientifica sulla mistica, sia a quella ebraica della *Kabbalah* (si veda la lunga intervista a Gershom Scholem, *L'identit  juive*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 35, 1980); sia a quella cristiana, in particolare alle opere di Jacques Maître, il quale « a tr s profondément renouvel  la connaissance de la mystique en articulant de manière tout   fait réaliste et rigoureuse la sociologie et la psychanalyse » (26). Con lo stesso studioso egli ha anche firmato un *Avant-propos dialogu *, in J. MAÎTRE, *L'autobiographie d'un parano que. L'abb  Berry (1878-1947) et le roman de Billy « Introibo »*, Paris, Anthropos, 1994. N  dimenticato il legame di Bourdieu con le categorie della « partecipazione mistica » come studiate da Lévy-Bruhl, le quali sono all'opera attraverso il riferimento ai concetti di « champ » e di « jeu », situazioni alle quali si partecipa in forza del « sens du jeu » (per il richiamo a Lévy-Bruhl si veda anche *infra*, p. 46). Per un interessante accostamento fra quella che Lévy-Bruhl chiama la « categoria affettiva del soprannaturale », o « partecipazione », e la tradizione mistica religiosa, E. CAILLIET, *Mysticisme et 'mentalit  mystique'*, Paris, Félix Alcan, 1938. Sul rapporto tra Bourdieu e la religione: F. N. AKINNASO, *Bourdieu and the Diviner: Knowledge and Symbolic Power in Yoruba Divination*, in J. WENDY [a cura di], *The Pursuit of Certainty: Religious and Cultural Formulations*, London, Routledge, 1995; D. SWARTZ, *Bridging the Study of Culture and Religion. Pierre Bourdieu's Political Economy of Symbolic Power*, in « Sociology of Religion », 1, 1996; DIANTELL, *Pierre Bourdieu et la religion*, cit.; B. VERTER, *Spiritual Capital: Theorizing Religion with Bourdieu Against Bourdieu*, in « Sociological Theory », 2, 2003.

(25) E. DIANTELL, *Pierre Bourdieu et la religion. Synthèse critique d'une synthèse critique*, in « Archives de sciences sociales des religions », 118, 2002, p. 5.

(26) P. BOURDIEU, *Sur les rapports entre la sociologie et l'histoire en Allemagne et en France*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 106-107, 1995, p. 108, dove c'  anche un riferimento allo storico della mistica Michel de Certeau.

C'è del « mistico » in Bourdieu, e come in ogni « mistica » degna di questo nome — alcuni fra molti, nel novecento: Ludwig Wittgenstein, Simone Weil, Maurice Maeterlinck, Lucien Lévy-Bruhl, Robert Musil, Luigi Lombardi Vallauri —, un aspetto di grande rilievo è conferito al tema della legge e del diritto, della regola e del dovere.

« La force spécifique du droit est quelque chose de très paradoxal, de presque impensable. C'est là qu'il faut se tourner vers Marcel Mauss et sa théorie de la magie. La magie n'agit que dans un champ, c'est-à-dire un espace de croyance à l'intérieur duquel il y a les agents socialisés de manière à penser que le jeu auquel ils jouent vaut la peine d'être joué. La fiction juridique n'a rien de fictif; et l'illusion, comme dit Hegel, n'est pas illusoire. Le droit n'est pas ce qu'il dit être, ce qu'il croit être, c'est-à-dire quelque chose de pur, de parfaitement autonome, etc. Mais le fait qu'il se croie tel, et qu'il arrive à le faire croire, contribue à produire des effets sociaux tout à fait réels, et d'abord sur ceux qui exercent le droit » (27).

Lo stesso Bourdieu offre in più punti della propria imponente opera ulteriori occasioni di ragionamenti in quella direzione, non da ultimo per l'aver posto sotto l'egida di Blaise Pascal l'intero ciclo della propria « meditazione » sociologica. Ma non si tratta solo di questo. Si è già incontrato il riferimento a Kafka, peraltro accostato *uno intuitu* a Durkheim: sì, il Kafka che in qualche modo fu kabbalista e di certo conoscitore della mistica ebraica (28), nonché autore di un libro, *Der Prozess*, sul quale Bourdieu è tornato più volte nel corso della propria opera.

« On se souvient de ce moment du *Procès* où Block, le négociant qui est installé à demeure chez son avocat, explique à Joseph K. que leur défenseur commun a tort de se ranger parmi les 'grands avocats': 'N'importe qui peut naturellement se qualifier de grand si cela lui plaît, mais en la matière ce sont les usages du tribunal qui décident'. Et la question de l'identité vraie, véritablement dite, du

(27) BOURDIEU, *Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*, cit., p. 99.

(28) K.E. GRÖZINGER, *Kafka und die Kabbala*, Frankfurt am Main, Eichborn, 1992; trad. *Kafka e la Cabballà*, Firenze, Ricasoli, 1993. Anche Carbonnier menziona « les sources hassidiques ou talmudiques du *Procès* », in J. CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, Lgdj, 1969, 2001¹⁰, p. 431, n. 27.

verdict (*verdictum*), giudizio rendu par una autorità riconosciuta, s'ènonce ancora à la fin du roman, parmi les dernières interrogazioni, qui sont les interrogazioni ultime, de Joseph K.: 'Où était le juge qu'il n'avait jamais vu? Où était le tribunal suprême jusque auquel il n'était jamais arrivé?'. L'esistenza sociale est cet affrontement de perspectives inconciliabili, de punti di vista irriducibili, de giudizi particolari pretendenti à l'universel dont l'insulto e la calunnia de l'esistenza ordinaria rappresentano solamente la limite; questa lotta simbolica di tutti contro tutti qui ha per enjeu le pouvoir de nommer, de dire de chacun ce qu'il est, e de le forcer dans son être par la magia du dire vrai, du verdict. Dans cet univers d'accusateurs e d'accusés, — le terme *kathègoresthai*, d'où sont issues nos catégories, signifie accusare pubblicamente —, Joseph K., paradigme de l'accusé, innocent calomnié — 'Il fallait qu'on ait calomnié Joseph K.: un matin, sans avoir rien fait de mal, il fut arrêté' —, s'acharne à chercher le point de vue des points de vue, le 'géométral de toutes les perspectives', le tribunal suprême, la dernière instance. L'interrogation la plus ordinaria sur le sens du monde social e de l'identità sociale prend ainsi la forme d'une quête du point de vue absolu, de l'instance de légitimité capable de légitimer les instances de légitimité; c'est une des raisons qui font que la sociologia, si l'on n'y prend garde, s'achève si souvent en théologie » (29).

Come si è letto in epigrafe al presente saggio, anche Derrida si interroga (passando per Kafka e Benjamin) sul « mistico » nella legge, ovvero sulla « instance de non-droit » fondatrice del diritto: cfr. J. DERRIDA, *Force de loi. 'Le fondement mystique de l'autorité'*, Paris, Galilée, 1994, p. 88 (trad. *Forza di legge*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, pp. 102-103).

Far attenzione affinché la sociologia non « finisca » in teologia (il verbo francese, « achever », può anche valere per « compiersi, perfezionarsi »): ebbene, se una « teologia » in Bourdieu è pur anche assente — egli ha vegliato con tutta evidenza a ciò —, lo stesso

(29) P. BOURDIEU, *La dernière instance*, in *Le siècle de Kafka*, Paris, Centre Georges Pompidou, 1984, p. 268.

non deve dirsi circa una « mistica », nelle sue opere. « La société, c'est Dieu »: sembra proprio che Bourdieu lo creda.

In effetti, aggiunge Bourdieu, « si l'enquête sociologique tourne si aisément à la quête métaphysique, c'est que l'enjeu est d'importance: il en va de notre être social, de notre identité, de ce que nous sommes par et pour les autres »⁽³⁰⁾. La questione è essenzialmente « metafisica » proprio laddove è in discussione il nostro « être social », la nostra condizione di massa, « ce que nous sommes par et pour les autres ». *Deus sive Societas*.

Un mistico contemporaneo, Stanislas Breton, ha scritto a tal proposito: « La version sociologique [*durkheimiana*] de cette conception [*la natura doppia di ogni uomo, sensibile e sociale*] aux résonances spinozistes [,] a l'avantage de désigner comme responsable de l'universel 'pensant et pensée' une instance plus précise, plus proche de nous aussi, et prégnante de réminiscences religieuses. La référence délibérée au Dieu qui habite en chacun et qui, selon le mot de s. Augustin, est, 'en moi, plus intérieur à moi que je ne le suis moi-même', a une signification inconsciente et précise: le dieu ne serait autre, en sa vérité profonde, que la figure mythique de la société. Le troisième genre de connaissance selon Spinoza pourrait ainsi s'interpréter comme l'apparaître intuitif du divin en tant que synonyme de milieu social déterminant »⁽³¹⁾.

Su Stanislas Breton, padre passionista nonché amico di Althusser fino all'ultima ora, si veda J-L. SCHLEGEL, « Un métaphysicien atypique et lumineux » (« Le Monde », 12. 4. 2005). Autore di un aureo libretto dal titolo *Philosophie et mystique. Existence et surexistence*, Grenoble, Jérôme Millon, 1996 (trad. *Filosofia e mistica. Esistenza e super-esistenza*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2001), Breton è stato anche profondo lettore del *Tractatus theologico-politicus*: S. BRETON, *Spinoza. Théologie et politique*, Paris, Desclée, 1977.

Come ogni argomentazione che nasce da una « croyance » anche qui emerge, pascalianamente, la « profession des deux contraires »⁽³²⁾: Dio, la società. E che la figura della coppia degli opposti

(30) Ibid.

(31) S. BRETON, *Philosopher sur la côte sauvage*, Paris, Harmattan, 2000, p. 59-60.

(32) B. PASCAL, *Pensées*, n. 654, Paris, Gallimard, 1977, edizione Le Guern.

sia una figura costitutiva dell'esperienza mistica, magico-religiosa, è ben chiaro allo stesso Bourdieu. Egli afferma infatti che, « connaissant le principe de division fondamentale (dont le paradigme est l'opposition entre les sexes), on peut réengendrer, donc *comprendre complètement*, toutes les pratiques et tous les symboles rituels à partir de deux schèmes opératoires qui, en tant que processus naturels culturellement constitués dans et par la pratique rituelle, sont inséparablement logiques et biologiques comme les processus naturels qu'ils visent à reproduire (au double sens) lorsqu'ils sont pensés dans la logique magique: d'une part la *réunion des contraires séparés*, dont le mariage, le labour ou la trempe de fer sont des actualisations exemplaires et qui engendrent la vie, comme réunion réalisée des contraires, et, d'autre part, la *séparation des contraires réunifiés*, destruction et mise à mort, avec par exemple le sacrifice du bœuf et la moisson comme meurtre déniés. Ces deux opérations, réunir ce que la partition fondamentale — *nomos*, partage et loi, loi de partition, principe de division — sépare, le masculin et le féminin, le sec et l'humide, le ciel et la terre, le feu (ou les instruments fabriqués par le feu) et l'eau, et séparer ce que la transgression rituelle, labour ou mariage, condition de toute vie, a réuni, ont en commun leur caractère de sacrilèges inévitables, de transgressions à la fois nécessaires et contre-nature d'une limite à la fois arbitraire et nécessaire. Bref, il suffit de se donner le principe de division fondamentale et ces informations pertinentes dans une *description construite*, tout à fait irréductible à l'énumération interminable et pourtant incomplète des rites et des variantes qui donne à la plupart des analyses leur allure abracadabrante ou mystique »⁽³³⁾.

Gli anelli si chiudono, il discorso torna alla questione d'origine: il « mistico » ovvero Dio, la società.

3. *Habitus e non-droit.*

Che solo un'immagine, un fenomeno — propriamente, qualcosa che mostra ma non dice, ad esempio l'immagine o forma del

⁽³³⁾ BOURDIEU, *Le sens pratique*, cit., p. 366-367.

relazionarsi dei contrari nella contrapposizione e nel reciproco capovolgersi — possa servire da orientamento nella ricerca intellettuale, era convinzione di uno dei grandi giuristi del Novecento europeo, Jean Carbonnier, sociologo e storico del diritto ad un tempo, nonché attento lettore delle opere di Bourdieu.

Prima di passare alla breve disamina del rapporto fra i due pensatori della società e del diritto, ci si soffermi sul tema della forma. Una forma, un'immagine: di esse si può dare solo una descrizione, le si può rappresentare con l'ausilio di strumenti, matita, fotocamera, cinepresa, pennello ed anche parole, forma del pensiero. Dopodiché tra le forme descritte può prender avvio la ricerca di parallelismi e somiglianze, « somiglianze di famiglia », come diceva Wittgenstein. È il metodo « morfologico » caro già a Goethe, agli psicologi della « Gestalt », a Cassirer.

L'elemento che unifica, nell'analisi « morfologica », non è nominabile: è questo il « mistico ». Nello sguardo, nel tatto, nell'olfatto, il singolo riceve le molteplici forme dell'esperienza e ne verifica (compara, raccoglie, organizza) somiglianze e diversità, omologie e differenze. Cionondimeno manca la parola risolutiva, quella che decide, quella che nomina e separa l'« oggetto » dal « soggetto ». No, « soggetto non v'è », poiché il principio unificatore rimane nascosto, non detto, enigmatico, mancante di nome proprio.

« Di fatto è possibile uscire dalla serie infinita delle interpretazioni che si smentiscono reciprocamente [...] solo a condizione di costruire realmente lo spazio delle relazioni oggettive (struttura) [il « champ »] di cui gli scambi di comunicazione direttamente osservati (interazione) sono la manifestazione. Si tratta di apprendere una realtà nascosta, che si svela solo velandosi, che si lascia vedere solo nella forma aneddotica delle interazioni nelle quali si dissimula »⁽³⁴⁾.

È tale dimensione d'enigma a farsi sigillo della realtà dei fenomeni. Foss'anche « Dio » — in alcuni mistici quel nome è pur presente, da Wittgenstein a Simone Weil, da Eckhart a Spinoza —, quel nome è il significante più generico possibile, mai identificabile

(34) P. BOURDIEU, *Risposte. Per un'antropologia riflessiva*, Torino, Bollati Boringhieri, 1992, p. 206, la sottolineatura è nostra.

in una tradizione storica e confessionale. Non si tratta di « teologia negativa », dunque: al massimo, come suona il sottotitolo della prima edizione delle *Méditations pascaliennes*, di « philosophie négative ». In Bourdieu quel « nome », pur non assente (« La société, c'est Dieu »), assume la forma dell'*habitus*, del « champ ».

Quello « morfologico » era un metodo caro anche a Weber, che ne parlava impiegando la metafora, goethiana per l'appunto, delle « Wahlverwandschaften », le « affinità elettive ». Sul « metodo morfologico » in autori quali Goethe, Weber, Spengler, Musil, Cassirer, Wittgenstein, la letteratura è nutrita. Si veda in G. BLANQUIS, *L'Urphänomen dans la pensée et dans l'oeuvre de Goethe*, in G. BLANQUIS, *Études sur Goethe*, Paris, Les Belles Lettres, 1951; E. CASSIRER, *L'idea della metamorfosi e la « morfologia idealistica »*, in E. CASSIRER, *Storia della filosofia moderna*, IV, Torino, Einaudi, 1958; J. SCHULTE, *Coro e legge. Il « metodo morfologico » in Goethe e Wittgenstein*, in « Intersezioni », 1, 1982; F. MOISO, *Morfologia e filosofia*, in « Annuario filosofico », 8, 1992; P. GIACOMONI, *Le forme e il vivente. Morfologia e filosofia della natura in J. W. Goethe*, Napoli, Guida, 1993; G. WEBSTER, *La lotta con Proteo. Goethe, Cassirer e il concetto di forma*, in G. GIORELLO-A. GRIECO [a cura di], *Goethe scienziato*, Torino, Einaudi, 1998; M. ANDRONICO, *Antropologia e metodo morfologico. Studio su Wittgenstein*, Napoli, La città del sole, 1998; M. ANDRONICO, *Morphology in Wittgenstein*, in R. EGIDI [a cura di], *In Search of a New Humanism. The Philosophy of G.H. von Wright*, Dordrecht, Kluwer, 1999; F. VATAN, *Robert Musil et la question anthropologique*, Paris, Puf, 2000 (in particolare capp. IV, VIII, IX); M. LOWY, *Le concept d'affinité élective chez Max Weber*, in « Archives de Sciences Sociales des Religions », 127, 2004. Bourdieu discute la « Wahlverwandschaft », o « parenté de choix », nella *Postface* a PANOFSKY, *Architecture gothique et pensée scolastique*, cit., p. 135 ss., testo nel quale è in questione il rapporto tra « intention proprement scientifique » ed « inspiration métaphysique ou mystique » in un lavoro, quello di Panofsky, di « comparaison » fra le « structures » della filosofia e dell'architettura, un lavoro che conduce — invero, « destina » è il verbo utilizzato dal sociologo — « à découvrir les propriétés communes » (p. 137). Circa la « Gestalt » come « unità sensibile della figura » con rinvio a Sartre, cfr. BOURDIEU, *Esquisse d'une théorie de la pratique*, trad. cit., p. 267, n. 108; sul « linguaggio della forma, intesa come struttura di un divenire nel senso della teoria musicale », ibid., p. 288, n. 130.

Il metodo morfologico ha assunto un nome preciso in sociologia, le « omologie di struttura », ed anche a tal proposito se ne può sottolineare la scaturigine spinoziana nell'analisi condotta nell'*Ethica* del parallelismo fra « Ordo et connexio rerum » e « Ordo et connexio idearum ». Un metodo di cui Bourdieu ha fatto grande impiego nelle analisi concernenti l'« habitus », per l'appunto una forma sulla cui operatività è possibile solamente offrire esemplificazioni. Anche in campo giuridico.

« Le droit est la forme par excellence du discours agissant, capable, par sa vertu propre, de produire des effets. Il n'est pas trop de dire qu'il fait le monde social, mais à condition de ne pas oublier qu'il est fait par lui. Il importe en effet de s'interroger sur les conditions sociales — et les limites — de cette efficacité quasi magique, sous peine de tomber dans le nominalisme radical (que suggèrent certaines analyses de Michel Foucault) et de poser que nous produisons les catégories selon lesquelles nous construisons le monde social et que ces catégories produisent ce monde. En fait, les schèmes de perception et d'appréciation qui sont au principe de notre construction du monde social sont produits par un travail historique collectif mais à partir des structures mêmes de ce monde: structures structurées, historiquement construites, nos catégories de pensée contribuent à produire le monde, mais dans les limites de leur correspondance avec des structures préexistantes. C'est dans la mesure et dans la mesure seulement où ils proposent des principes de vision et de division objectivement ajustés aux divisions préexistantes dont ils sont le produit que les actes symboliques de nomination ont toute leur efficacité d'énonciation créatrice, qui, en consacrant ce qu'elle énonce, le porte à un degré d'existence supérieur, pleinement accompli, celui de l'institution instituée. Autrement dit, l'effet propre, c'est-à-dire proprement symbolique, des représentations engendrées selon des schèmes accordés aux structures du monde dont ils sont le produit, est de consacrer l'ordre établi: la représentation droite sanctionne et sanctifie la vision doxique des divisions en la manifestant dans l'objectivité d'une orthodoxie par un véritable acte de création qui, en la proclamant à la face de tous et au nom de tous, lui confère l'universalité pratique de l'officiel »⁽³⁵⁾.

Nel testo letto è in questione l'enorme « pouvoir de nomination » che la forma possiede, in particolare la forma giuridica. Grande è la « force de la forme », in effetti: « Sans accorder à l'idée vraie la 'force intrinsèque' que lui prêtait le philosophe [Spinoza], il faut bien concéder une réalité sociale à l'efficacité symbolique que le droit 'formellement rationnel', pour parler comme Weber,

⁽³⁵⁾ BOURDIEU, *La force du droit*, cit., p. 13.

doit à l'effet propre de la formalisation »⁽³⁶⁾. Si tratta dell'« effet d'homologation »⁽³⁷⁾ prodotto da un codice giuridico: « A la façon de l'objectivation sous la forme d'un code explicite du code pratique permettant aux différents locuteurs d'associer le même sens au même son perçu et le même son au même sens conçu, l'explicitation des principes [*attraverso un lavoro di codificazione*] rend possible la vérification explicite du consensus sur les principes du consensus (ou du dissensus) »⁽³⁸⁾.

Più volte è stata sottolineata, nella storia del pensiero giuridico, la feconda comparabilità fra diritto e linguaggio o, per usare le parole di Bourdieu, fra diritto e « force de la forme ». Non è possibile ripercorrere l'intenso dibattito sui rapporti tra diritto e linguaggio, il quale ha avuto interlocutori del calibro di Savigny e Grimm e, in Italia, Devoto, Fiorelli, Levi, Piovani e Pugliatti. Per Savigny e la Scuola storica si veda A. DUFOUR, *Droit et langage dans l'Ecole historique du droit*, in « Archives de philosophie du droit », 1974, nonché il capitolo III di B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, Torino, Giappichelli, 1990. Circa il dibattito in Italia: A. LEVI, *Diritto e linguaggio*, in A. LEVI, *Scritti minori di filosofia del diritto*, vol. II, Padova, Cedam, 1957; G. DEVOTO, *Un nuovo incontro tra lingua e diritto*, in « Lingua nostra », XIX/1, 1958; P. PIOVANI, *Mobilità, sistematicità, istituzionalità della lingua e del diritto*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, IV, Milano, Giuffrè, 1963; P. FIORELLI, *Giuristi e linguisti tra istituzione e storia*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, Olschki, 1965; S. PUGLIATTI, *Sistema grammaticale e sistema giuridico*, in S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Milano, Giuffrè, 1978. Va indicato, inoltre, come pressoché tutti gli scritti di Pietro Costa rappresentino un'articolata riflessione, storica e non solo, sul rapporto fra diritto e lingua: due luoghi per tutti, in *primis* la sezione *Semantica* in P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 1969, 2002²; poi anche *Semantica e storia del pensiero giuridico*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico », 1, 1972. Da ultimo la ripresa del tema in P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, e in M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 105-25, spec. 111-12. Si veda infine P. DI LUCIA, *Tre opposizioni per lo studio del rapporto tra diritto e linguaggio*, in U. SCARPELLI-P. DI LUCIA [a cura di], *Il linguaggio del diritto*, Milano, Ledi, 1994, per il rinvio all'ulteriore bibliografia in materia.

Bourdieu continua segnalando con accortezza la differenza fra « langue » e « grammaire », vale a dire fra « habitus » e « code » o

(36) Ivi, p. 17.

(37) Ibid.

(38) Ibid.

« codification »⁽³⁹⁾; in più, consacra una sezione particolare alla « langue juridique » ne *La force du droit*⁽⁴⁰⁾, laddove tematizza il triplice effetto — « apriorisation », « neutralisation », « universalisation » — da parte di una lingua che, « combinant des éléments directement pris à la langue commune et des éléments étrangers à son système, porte toutes les marques d'une rhétorique de l'impersonnalité et de la neutralité »⁽⁴¹⁾, facendo in tal modo opera di « apriorisation » attraverso la costituzione di una logica specifica del « champ juridique ».

« La plupart des procédés linguistiques caractéristiques du langage juridique concourent en effet à produire deux effets majeurs. *L'effet de neutralisation* est obtenu par un ensemble de traits syntaxiques tels que la prédominance des constructions passives et des tours impersonnels, propres à marquer l'impersonnalité de l'énonciation normative et à constituer l'énonciateur en sujet universel, à la foi impartial et objectif. *L'effet d'universalisation* est obtenu per différents procédés convergents: le recours systématique à l'indicatif pour énoncer des normes, l'emploi, propre à la rhétorique du constat officiel et du procès-verbal, de verbes constatifs à la troisième personne du singulier du présent ou du passé composé exprimant l'aspect accompli ('accepte', 'avoue', 's'engage', 'a déclaré', etc.); l'usage d'indéfinis ('tout condamné'...) et du présent intemporel (ou du futur juridique) propres à exprimer la généralité et l'omnitemporalité de la règle de droit; la référence à des valeurs transsubjectives présupposant l'existence d'un consensus éthique (par exemple, 'en bon père de famille'); le recours à des formules lapidaires et à des formes fixes, laissant peu de prise aux variations individuelles »⁽⁴²⁾.

Tale tema del rapporto tra lingua e diritto non è assente nella riflessione di un giurista sociologo operante in quegli anni all'interno dello stesso « champ » osservativo. Si tratta di Jean Carbonnier, il quale ne parla in questi termini: « Le phénomène de com-

(39) BOURDIEU, *Habitus, code et codification*, cit., p. 41.

(40) BOURDIEU, *La force du droit*, cit., p. 5 ss.

(41) Ibid.

(42) Ibid.

munication par excellence c'est le langage, et spontanément un rapprochement du langage et du droit s'offre à l'imagination. Ils sont tous deux des phénomènes sociaux de formation largement coutumière, empreints d'un caractère normatif et contraignant [...]. Même sans langage exprimé, d'ailleurs, le droit peut être agent de communication [...]. Les *rappports de droit*, qui forment la trame du système juridique, sont autant de mises en communication de l'individu avec l'individu, d'un groupe avec l'autre. La plus vieille loi de l'humanité, selon les anthropologues, est le tabou de l'inceste. Retournons l'interdit en impératif ("va chercher ta femme loin des tiens"): ce sera la loi d'exogamie: un phénomène de communication » (43).

Non suoni forzato l'accostamento fra i due studiosi francesi: Carbonnier fa sovente riferimento a Bourdieu, come già altrove si è indicato (44). Il livello di dialogo con la teoria sociale del sociologo generale è profondo e ripetuto, né alcunché vieterebbe di pensare vero anche il reciproco.

Va anche sottolineata una parziale evoluzione nella comprensione e valutazione del sociologo generale da parte del giurista sociologo. Iniziando l'analisi dai riferimenti a Bourdieu presenti nelle due ultime edizioni della *Introduction* al manuale *Droit civil* (45), si deve notare che nel 1999 (ventiseiesima edizione del manuale) si legge, in un elenco di « philosophies militantes » del diritto di area marxista: « On retrouvera des accents révolutionnaires chez Pierre Bourdieu: sa sociologie, qui est très active, s'intéresse au droit, mais surtout à l'application, à la pratique du droit, plutôt qu'à sa élaboration (ex. *Droit et passe-droit*, in "Actes de la recherche en sciences sociales", 1990 [81-82], p. 86) » (46). Lo stesso passaggio viene così modificato nel 2002: « On retrouvera une tonalité plus aggressive chez Pierre Bourdieu (1930-2002): sa sociologie, très active, s'intéressait au droit, tantôt à l'application, à la pratique du droit (ex. *Droit et passe droit*, « Actes de la recherche en sciences sociales », 1990 [81-82], p. 86), tantôt au rôle du droit dans le phénomène social de la reproduction d'une génération à la suivante, par l'éducation (ob-

(43) J. CARBONNIER, *Droit civil*, Paris, Puf, 2004, p. 35-36. Su Carbonnier e il linguaggio, cfr. F.S. NISIO, *Jean Carbonnier. Regards sur le droit et le non-droit*, Paris, Dalloz, 2005, p. 92.

(44) NISIO, *Jean Carbonnier*, ediz. it. cit., p. 38.

(45) Si tratta delle edizioni 26^a e 27^a: quest'ultima è quella rifluita nell'edizione definitiva del 2004 del manuale, edizione pubblicata in due volumi dalle Puf nella collana *Quadrige*.

(46) J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, Paris, Puf, 1999²⁶, p. 110.

jet de sa première recherche 1970 [*La reproduction. Eléments pour une théorie du système d'enseignement*]) » (47). Nel passaggio dall'evidenziazione di « accents révolutionnaires » alla sottolineatura di una « tonalité plus agressive », non è solo il giudizio politico sull'opera del maggior sociologo francese della seconda metà del Novecento a stemperarsi: è soprattutto l'acuità della vista a farsi maggiore da parte del più anziano giurista sociologo, il quale adesso percepisce quanto in effetti più rilevante fosse la centralità dell'attenzione al diritto nell'opera di Bourdieu. Una centralità « critica », certamente, nella considerazione del diritto, che adesso viene fatta risalire agli albori della ricerca sociologica di Bourdieu. È precisamente la percezione di tale modificazione nella comprensione del rilievo che il diritto ha nell'opera complessiva di Bourdieu a guidare anche la presente ricognizione del rapporto tra i due studiosi, quasi a voler dimostrare quanto riduttivo sia invece tacere — come si è visto precedentemente — di ingenuo « antijuridisme » il sociologo francese. E reciprocamente quanto, a discapito di tutte le interpretazioni viziate da un pregiudizio ideologico, « antimarxista » (da destra) ovvero « laicista » (da sinistra), sia altrettanto difficile lasciare Carbonnier nelle mani della destra politica con la quale, in qualità di tecnico e di « legislatore », egli ha certamente collaborato in via istituzionale nell'opera di riforma del *Code civil* sui temi della famiglia: l'intensità dell'attenzione all'opera di Bourdieu ne rende, fra altre cose, ampia testimonianza. Bisogna sottolineare, comunque, come Bourdieu compaia, nel testo del *Droit civil* menzionato, in coda ad una sequenza nella quale, in progressivo distanziamento da Marx, anche via dissidenza ed « esprit libertarie, sinon libéral » (48), appaiono i nomi dei giuristi sovietici Toumanov e Pasukanis, poi quelli di Weyl e Poulantzas, Edelman ed Arnaud, Miaille, Ost, Van de Kerchove. Si tratta di un buon numero di studiosi francofoni dei rapporti tra diritto e società, menzionati anche nella voce *Critique 1. Critique du droit* all'interno del *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (a cura di A.-J. Arnaud, Paris, Lgdj, 1988, 1993²). È una voce redatta da Michel Miaille e consacrata sia al « mouvement de pensée parmi les juristes qui refusent le positivisme dominante et revendiquent une dimension critique dans l'étude du droit, sur la base d'une analyse matérialiste » (49); sia, « plus précisément », alla « association de juristes des Facultés de Droit en France qui, à partir du matérialisme historique comme mode d'analyse, contribue à constituer les éléments d'une théorie du droit entendue comme région de la science politique » (50). Voce d'enciclopedia nella quale compare esplicitamente anche un richiamo a Carbonnier: « *Origines du mouvement et l'association 'Critique du droit'*. La perspective 'critique' [...] n'avait pas réellement un grand impact en France, sur le domaine juridique, du fait de la séparation instaurée, à partir du XIX^e siècle, entre la philosophie et la science du droit. Le positivisme est quasi exclusif et relègue toute discussion 'critique', à quelques exceptions près, dans des champs igno-

(47) CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, cit., 2002²⁷, p. 116.

(48) Ivi, p. 103.

(49) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, cit., p. 131.

Sul materialismo in Carbonnier, NISIO, *Jean Carbonnier*, ediz. it. cit., 105 ss.

(50) Ibid.

rés des juristes [...]. Dans les années 50, des individualités se détachent: C. Eisenmann en droit administratif d'une manière théorique, et J. Carbonnier de manière sociologique. Mais leur critique reste très isolée »⁽⁵¹⁾. Di più, e qui il cerchio si chiude: voce d'enciclopedia richiamata espressamente anche da Carbonnier (quale « mise au point 1988 »)⁽⁵²⁾ nelle pagine del *Droit civil* sopra indicate, nelle quali compare anche il già citato richiamo a Bourdieu.

Prima di addentrarsi ulteriormente negli scritti del Doyen dai quali emergono ulteriori sfaccettature circa tale rapporto, si faccia un ulteriore passaggio attraverso il *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, stavolta alla voce *Champ juridique* firmata da Anne Devillé. Si tratta di un testo consacrato per almeno due terzi all'autore che più di tutti ha elaborato il concetto di « champ » in chiave di sociologia generale: nella bibliografia acclusa alla voce vengono infatti riportate tutte le opere di Bourdieu nelle quali, in quegli anni, si veniva elaborando la ben nota teoria dei « champs » (religioso, scientifico, politico, giuridico), i loro meccanismi generatori, le strutture e le proprietà. Ma neppure qui manca un riferimento diretto a Carbonnier da parte dell'autrice della voce: « Pour Carbonnier, champ juridique et système juridique sont synonymes: 'la réalité ultime, ce n'est pas [que] le phénomène juridique réinséré dans le champ spatial et temporel — synchronique et diachronique — qui lui est naturel. Le champ, où il rencontre d'autres phénomènes juridiques, où des liaisons s'établissent entre eux, nous proposons de l'appeler système juridique' (*Sociologie juridique*, p. 157 [éd. 1978]), ou encore 'le système juridique est un champ à transformation' (ibid., p. 230) »⁽⁵³⁾.

Si veda BOURDIEU, *La force du droit*, cit., p. 4, nonché BOURDIEU, *Risposte*, cit., p. 72 ss., per l'analisi della nozione di « champ juridique » in rapporto — disgiuntivo — a quella di « système » in Luhmann.

È dunque ben possibile leggere in parallelo i due autori per rimarcare contiguità e distanze nell'opera di osservazione sociologica del diritto, « campo » o « sistema » che sia. È peraltro vero che « la notion de champ juridique a été longtemps utilisée de manière

(51) Ivi, p. 132.

(52) CARBONNIER, *Droit civil*, cit., p. 103.

(53) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, cit., p. 62.

sporadique et non systématique en sociologie juridique. Jusqu'à la parution de l'article de Pierre Bourdieu 'La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique' [1986], on se trouvait devant un concept qui restait à construire dans une large mesure » (54).

Non bisogna dimenticare che Carbonnier, qualche anno dopo la redazione della voce d'enciclopedia nella quale viene menzionato, ha da par suo prodotto una celebrata analisi « critica » di un campo giuridico specifico: si tratta della società francese nella V^a Repubblica, un periodo compreso tra la Costituzione del 1958 e il maggio 1995 (il libro, e si tratta di *Droit et passion du droit sous la V^e République* (55), esce nel marzo del 1996). Nel volume si analizza un universo sociale autonomo, un ordinamento costituzionale articolato in magistratura, Consiglio di Stato, classe dei giuristi (avvocati, notai, esperti), nonché *media* e pubblico, caratterizzato — come ogni « champ » — da una logica di funzionamento specifica, determinata da specifici rapporti di forza, i quali costruiscono la struttura precipua del campo e ne orientano le lotte di concorrenza, anche attraverso una logica interna fornita dalle opere giuridiche che delimitano lo « spazio dei possibili » nel campo in questione. Con tali strumenti, non esplicitamente nominati anche perché comuni ad una certa tradizione sociologico-giuridica alla quale lo stesso Bourdieu ha fatto riferimento (in particolare Weber, ma anche Jhering e il *Kampf um's Recht*, citato espressamente da Carbonnier nelle prime pagine del libro) (56), il civilista e sociologo del diritto studia dunque il campo di produzione del diritto e quello della sua applicazione, non senza escludere un capitolo sul « disordine » giuridico (l'inflazione di diritto, la ricerca di un rapporto tra diritto e morale, nonché la polverizzazione del diritto in diritti soggettivi). C'è un *dies a quo* da cui partire, e in cui la forma storicamente data del campo si definisce: si tratta del 1958, « le moment où les premiers enfants de l'École Nationale d'Administration arrivent à maturité. Ils se saisissent de la haute administration, et celle-ci se saisira de l'État. Ils peuplent les cabinets ministériels, en attendant de se partager les ministères, puis les établissements publics et les entreprises nationalisées » (57). Giuristi « puri », essi sono espressione di una formazione principalmente mirata al diritto pubblico, animata dunque da una concezione volontaristica del diritto (tacitamente armonizzata — si potrebbe anche dire: strutturalmente omologa — a quella gollista della politica). Essi vedono nella legge e nel decreto (« le décret de préférence ») gli strumenti coi quali lo Stato può agire sulla società e, attraverso tale « juridisme passionnel » o « pan-juridisme », mettono gravemente a repentaglio (è la tesi dell'intero libro di Carbonnier) il diritto stesso, il civismo, « les coutumes des ancêtres ».

(54) Ibid.

(55) J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996.

(56) Ivi, p. 11.

(57) Ivi, p. 19.

« Il n'est pas insolite que la V^e République ait fait du droit: l'insolite est qu'elle se soit faite elle-même droit, qu'elle ait poussé la passion du droit jusqu'à s'identifier à lui »⁽⁵⁸⁾. Identificazione che passa attraverso la passione di fare diritto, legiferare, giudicare, « quand on n'y est pas tenu par profession, en s'imaginant législateur ou juge »⁽⁵⁹⁾. Ma anche — ed è il lato passivo del problema —, soccombendo alla passione di « voir du droit, en simple curieux ou dût-on le subir (les lois, les procès, c'est tellement excitant, surtout quand ça bouge). Ces formes intermédiaires sont celles qui touchent et entraînent le plus de monde, individus, collectivités, opinion publique. Elles représentent la passion du droit à l'état pur, pour ne pas dire à l'état naïf. Leur intrusion dans le système juridique peut être d'autant plus gravement perturbatrice qu'elle est irréfléchie. L'amour du droit, comme l'autre, peut mettre la raison en déroute. La passion du droit, croyons-nous, aura été la marque de la V^e République »⁽⁶⁰⁾.

Senza seguire ulteriormente l'analisi di Carbonnier sulla « passion du droit », è dunque evidente quanto la logica dell'osservazione del « champ » sia all'opera già in vaste zone della produzione scientifica e sociologica del Doyen. E ciò conferma nella direzione di ritenere altamente proficua l'analisi in parallelo dell'opera dei due studiosi della società.

Carbonnier infatti ha ben presente anche il saggio di Bourdieu del 1986 su *La force du droit*, che menziona in uno dei paragrafi consacrati ai temi dell'interpretazione in diritto civile, laddove viene sottoposta a critica la presunta neutralità dell'ermeneutica (« science et savants »)⁽⁶¹⁾, rilevandosi invece all'opera fenomeni di potere economico, politico, simbolico. E conosce anche le analisi dedicate alle strategie matrimoniali nel sistema di conservazione ed accrescimento degli status sociali⁽⁶²⁾, nonché alle correlate strategie testamentarie⁽⁶³⁾. Senza tralasciare l'esplicito richiamo al *Métier de sociologue*⁽⁶⁴⁾, opera edita da Bourdieu nel 1968 e menzionata in testa alla *Deuxième partie* della *Sociologie juridique*, sezione nella

⁽⁵⁸⁾ Ivi, p. 10.

⁽⁵⁹⁾ Ivi, p. 11.

⁽⁶⁰⁾ Ibid.

⁽⁶¹⁾ CARBONNIER, *Droit civil*, cit., p. 304.

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 1143.

⁽⁶³⁾ Ivi, p. 1736.

⁽⁶⁴⁾ P. BOURDIEU, *Le métier de sociologue* (con J.-C. Chamboredon e J.-C. Passeron), Paris, Mouton, 1968, 2006⁶.

quale si discute *La sociologie juridique, un métier pour sociologues et pour juristes* (65).

Non manca neppure un richiamo al concetto più famoso della sociologia di Bourdieu, l'*habitus*: « De même que la coutume, phénomène collectif, peut fonder le droit objectif, l'habitude, phénomène individuel, peut fonder les droits subjectifs [...]. À ne pas confondre avec la simple *réitération* [...], ni avec l'*habitus* que dépeint Pierre Bourdieu ("Actes de la recherche en sciences sociales", 1986 [64], 40), système de prédispositions à des conduites régulières. L'habitude crée un besoin de continuer (de persévérer dans l'être). Besoin psychologique, à la limite peut-être également sentimental » (66).

La presente sezione d'analisi del rapporto tra i due studiosi non può infine chiudersi senza indicare il gesto d'attenzione che Bourdieu compie verso l'anziano collega giurista allorché, ne *La force du droit*, dà segno di esser passato per l'opera più nota e stimata del Carbonnier sociologo del diritto, *Flexible droit*, menzionata espressamente in rapporto alle tesi di Ehrlich (67).

Vi è, insomma, molto più di quel che appare a prima vista sia nel legame tra Carbonnier e Bourdieu, sia nel rilievo che entrambi — da buoni lettori di Spinoza (68) — conferiscono al diritto nell'articolazione del legame sociale. L'intero spettro della socialità, in effetti, anche in Carbonnier va letto alla luce di un elemento « mistico », una fondamentale coppia di contrari introdotta nell'analisi: si tratta del celebrato rapporto fra « droit » e « non-droit » (69).

Anche nella ricostruzione della realtà normativa effettuata da Carbonnier è all'opera un elemento « nascosto », « pratico », una *substantia* non definibile espressamente e della quale è solo possibile offrire esempi per ricavarne somiglianze. Si tratta del « non-droit », per l'appunto « une négativité, une absence caractéristique [,] ... [un] non, [un] vide, [une] absence [...]. L'essentiel, dans l'hypothèse du non-droit, est le mouvement du droit au non-droit,

(65) J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, Puf, 1972, 1994³, p. 151.

(66) CARBONNIER, *Droit civil*, cit., p. 312.

(67) BOURDIEU, *La force du droit*, cit., p. 14, n. 36.

(68) Su Carbonnier e Spinoza, NISIO, *Jean Carbonnier*, ediz. it. cit., p. 112-113.

(69) *Ibid.*, pp. 69 ss., in tema di « non-droit » in Carbonnier.

l'abandon, par le droit, d'un terrain qu'il occupait ou qu'il aurait été de sa compétence d'occuper. Le non-droit, en ce qu'il y a de plus significatif, est le retrait ou la retraite du droit » (70). L'intera *Première Partie* di *Flexible droit*, dal titolo *Droit et non-droit*, è in effetti consegnata ad un'analisi « morfologica », vale a dire condotta per esemplificazioni e mostrando omologie di struttura fra « droit » e « non-droit » (71).

4. *Storicismo razionalista.*

È uno storico delle religioni — più precisamente, della mistica — ad indicare la strada sulla quale proseguire la riflessione. Si tratta di Michel de Certeau, autore di una voce di enciclopedia sulla *Mystique* (72), nonché di un famoso libro in argomento, *La fable mystique, 1. XVI^e-XVII^e siècle* (73). Non è però a queste opere che adesso bisogna volgersi, bensì a *L'invention du quotidien. 1: arts de faire* (74). È in essa, infatti, che si trova una lettura dell'opera di Bourdieu (l'epoca è il 1980) attraverso le categoria della *docta ignorantia*, riferita alla teoria di Bourdieu e al suo discorso « qui cache ce qu'il sait (au lieu de cacher ce qu'il ignore) », e che dunque assume valore « 'theorique' en tant qu'il *pratique* ce qu'il *sait* » (75).

« Ces textes de Bourdieu fascinent par leurs analyses et agressent par leur théorie. En les lisant, je me sens le captif d'une passion qu'ils irritent en l'excitant. Ils sont faits de contrastes. Examinant scrupuleusement les pratiques et leur logique — d'une façon

(70) J. CARBONNIER, *Flexible droit*, cit., p. 27.

(71) Ivi, p. 11-103.

(72) M. DE CERTEAU, voce « Mystique », in *Encyclopedia Universalis*, vol. 12, Paris, Encyclopédia Universalis, 1985.

(73) M. DE CERTEAU, *La fable mystique, 1. XVI^e-XVII^e siècle*, Paris, Gallimard, 1982; trad. *Fabula mistica. La spiritualità religiosa tra il XVI e il XVII secolo*, Bologna, Il Mulino, 1987.

(74) M. DE CERTEAU, *L'invention du quotidien. 1: arts de faire*, Paris, Union générale d'éditions, 1980, Paris, Gallimard, 1990²; trad. *L'invenzione del quotidiano*, Roma, Edizioni Lavoro, 2004.

(75) Ivi, p. 96.

qui n'a sans doute pas d'équivalent depuis Mauss — ils les ramènent finalement à une réalité mystique, l'*habitus*, destinée à les ranger sous la loi de la reproduction » (76).

Molti *topoi* della « teoria » di Bourdieu sono qui presenti: la « logique de la pratique », l'*habitus*, la « reproduction ». Fra di essi, quasi a sigillarne l'unione velata, fa mostra di sé il preciso ed esplicito riferimento ad « une réalité mystique », richiamo che esce dritto dritto dalla penna di uno dei più grandi studiosi novecenteschi delle tradizioni mistiche. De Certeau pone il mistico in rapporto all'*habitus*, alla « disposition durable », all'« éventualité probable » (77), che si sostanzia in una « tendance à agir d'une manière régulière » (78), la quale « obéit à une *logique pratique*, celle du flou, de l'à-peu-près, qui définit le rapport ordinaire au monde » (79). Non fondato su una regola, né su una legge esplicita (l'*habitus* è piuttosto « loi intérieure » (80), « *lex insita* inserite dans les corps par des histoires identiques » (81) e non « belle régularité des conduites déduites d'un principe législatif » (82)), la nozione di *habitus* è utile per indicare il principio delle pratiche attuate dai singoli (Bourdieu usa spesso il nome collettivo « les gens » (83)) nell'obbedire a una specie di « sens du jeu, comme on dit en sport » (84).

Questa la definizione del concetto da parte di Jacques Commaille: « *Habitus*: système de dispositions permanentes. Etabli comme principe générateur et organisateur des pratiques, des représentations, des modes d'agir et de penser, que l'individu a acquis tout au long de son histoire dans une interrelation active, dans une médiation, entre les structures internes de sa subjectivité et les structures sociales externes » (85).

(76) Ivi, p. 94.

(77) BOURDIEU, *Le sens pratique*, cit., p. 71.

(78) BOURDIEU, *Habitus, code et codification*, cit., p. 40.

(79) Ibid.

(80) BOURDIEU, *Le sens pratique*, cit., p. 91.

(81) Ivi, p. 99.

(82) BOURDIEU, *Habitus, code et codification*, cit., p. 40.

(83) Ibid.

(84) Ibid.

(85) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, cit., p. 276.

« Habitus » e mistico: tale « *réalité mystique, l'habitus, destinée à ranger [le pratique e le loro logiche] sous la loi de la reproduction* », è per definizione un elemento nascosto, non-visibile, operante ma in forma anonima, un elemento cui non si può dare un nome proprio perché invisibile. Detto altrimenti è « croyance », credenza, fede ⁽⁸⁶⁾, vale a dire « *raison d'être* », « intérêt », « investissement dans un jeu, enjeu, *illusio, committment* » ⁽⁸⁷⁾. « Mistico », infatti, come afferma de Certeau, sta per « nascosto » in greco ⁽⁸⁸⁾, e « l'expression 'phénomènes mystiques' fait-elle coïncider deux contraires: est 'phénomène' ce qui apparaît, un visible; est 'mystique' ce qui demeure secret, un invisible. La mystique ne peut-être réduite à l'un ou à l'autre des aspects qui composent chaque fois son paradoxe. Elle tient dans leur rapport. Elle est sans doute ce rapport lui-même. C'est donc un objet qui fuit, il fascine et il irrite » ⁽⁸⁹⁾.

Quelli indicati sono alcuni dei caratteri dell'esperienza mistica, tutti già emersi nella pagina consacrata da de Certeau a Bourdieu: il rapporto dei contrari (la logica e l'*habitus*, dunque la razionalità e la pratica), la cattura passionale (il lettore « irritato » dalla lettura), l'elemento « nascosto » che domina attraverso il rinvio ad una « legge » (l'*habitus* — « *loi intérieure* », *lex insita* — che destina le pratiche, e la logica che le sostiene, a « [se] ranger sous la loi de la reproduction »). E si è veduto operare tale elemento « nascosto » anche nel testo di Carbonnier: il « non-droit » quale metamorfosi luminosa di tale principio « negativo » operante nell'organizzazione dello spazio sociale.

A tutto ciò — e proprio in rapporto a Bourdieu — va ancora aggiunto un elemento importante, che si dispiega in due movimenti nel testo di de Certeau: il primo consiste nel rinviare del « momento » mistico ad una « *histoire* » ⁽⁹⁰⁾, poiché, come si vede nell'esperienza mistica in campo esplicitamente religioso, « ce qui s'impose là est quelque chose qui s'est déjà dit ailleurs et se dira

⁽⁸⁶⁾ BOURDIEU, *Le sens pratique*, cit., 81 ss., 111 ss.

⁽⁸⁷⁾ Ivi, p. 85.

⁽⁸⁸⁾ DE CERTEAU, *Mystique*, cit., p. 805.

⁽⁸⁹⁾ Ivi, p. 806.

⁽⁹⁰⁾ Ivi, p. 807.

autrement, qui de soi ricuse le privilège d'un présente et renvoie à d'autres marques passées ou à venir. La Trace perçue [*si può aggiungere: l'habitus adottato*], liée à des rencontres, à des apprentissages, à des lectures, étend le lézarde d'une Absence ou d'une Présence dans tout le réseau des signes coutumiers, qui apparaissent peu à peu incompris. L'événement ne peut être réduit à sa forme initiale. Il appelle un au-delà de ce qui n'a été qu'un premier dévoilement. Il ouvre un itinéraire [...]. L'au-delà de l'événement, c'est l'histoire faite ou à faire. L'au-delà de l'intuition personnelle, c'est la pluralité sociale. L'au-delà de la surprise qui a touché les profondeurs de l'affectif, c'est un déploiement discursif, une réorganisation des connaissances par une confrontation avec d'autres savoirs ou d'autres modes de savoir »⁽⁹¹⁾. È dunque contestuale l'avvenire di una « rivelazione » affettiva, pratica, puntuale (è lo spazio della « croyance », della « foi ») con l'aprirsi di una dimensione temporale, una « storia » che diventa itinerario, cammino, confronto collettivo.

Il secondo movimento si mostra invece nell'espressione « sociale » del linguaggio della mistica, poiché « chaque 'illuminé' est-il reconduit au groupe, porté vers l'avenir, inscrit dans une histoire. Pour lui, 'faire place' à l'Autre, c'est faire place à d'autres. Le caractère exceptionnel de ce qui lui arrive cesse d'être un privilège pour devenir l'indice d'une place particulière qu'il occupe dans son groupe, dans une histoire, dans le monde. Il n'est qu'un entre d'autres »⁽⁹²⁾. Tutta la produzione intellettuale del « mistico » Bourdieu testimonia di un tale far posto all'altro assumendo il linguaggio « sociale » di un gruppo, ed anzi il linguaggio del gruppo più ampio per eccellenza, la « società », il linguaggio sociologico.

« Storia » e « società », si potrebbe dire, fondate in uno dal movimento del « mistico »: ecco una possibile scaturigine dello « historicisme rationaliste » propugnato da Bourdieu in tutte le fasi della propria vicenda intellettuale, altra metamorfosi del rapporto fra contrari ed apertura ad una comprensione del mondo *sub specie aeterni*.

⁽⁹¹⁾ Ibid. Echi di una tale lettura nell'epigrafe di Derrida al presente saggio.

⁽⁹²⁾ Ivi, p. 808.

Si veda P. BOURDIEU, *Pour un historicisme rationaliste*, in « Quartier libre. Journal des étudiants et étudiantes de l'Université de Montréal », 17, 1996. È notevole la costanza e la rilevanza della riflessione sulla storia in Bourdieu: oltre le dense pagine contenute in BOURDIEU, *Risposte*, cit., pp. 62-65, si veda P. BOURDIEU, *Dialogue à propos de l'histoire culturelle* (con R. Chartier e R. Darn-ton), in « Actes de la recherche en sciences sociales », 59, 1985; *Zurück zur Geschichte. Ein Gespräch mit P. Bourdieu* (con *Debatte Derrida-Bourdieu*), in J. ALTWEGG [a cura di], *Der Heidegger-Kontroverse*, Frankfurt, Athenäum, 1988; *Gens à histoire, gens sans histoires*, in « Politix », 6, 1989; *Sur les rapports entre la sociologie et l'histoire en Allemagne et en France*, cit.; *Sociologie et histoire*, in M. JUFFÉ [a cura di], *Aux frontières du savoir*, Paris, Presses de l'École Nationale des Ponts et Chaussées, 1996; *Réponse, débat avec Pierre Bourdieu*, in « Bulletin de la Société d'Histoire Moderne et Contemporaine », 3-4, 1999, numero speciale su “Les historiens et la sociologie de Pierre Bourdieu”, con interventi di C. Charle, A. Corbin, A. Farge, C. Prochasson. Di indubbio rilievo per la problematica storiografica sono anche le pagine dedicate a *L'illusion biographique*, cit. Sul tema della storia in Bourdieu si veda E. HOBSBAWM, *Sociologie critique et histoire sociale*, in BOUVERESSE-ROCHE [a cura di], *La liberté par la connaissance. Pierre Bourdieu 1930-2002*, cit., e P. BURKE, *History and Social Theory*, Cambridge, Polity Press, 1992 (trad. *Storia e teoria sociale*, Bologna, Il Mulino, 1995). Si veda anche G. NOIRIEL, *Introduction à la socio-histoire*, Paris, La Découverte, 2006. Il saggio su *La force du droit*, cit., si apre con una riflessione critica sulla « science juridique » come concepita dagli « historiens du droit », particolarmente in riferimento a Bonnacase (p. 3); nelle note vi si trovano riferimenti a Mario Sbriccoli (p. 8, n. 17), André-Jean Arnaud e J.-M. Scholz (p. 4, n. 6), storici del diritto particolarmente sensibili alla teoria del « champ » (di quest'ultimo si veda *L'obstacle épistémologique premier de l'historien du droit*, in P. GROSSI [a cura di], *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1986; *La raison juridique à l'oeuvre: les krausistes espagnols*, in E. VOLKMAR HEYEN [a cura di], *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, Frankfurt, Klostermann, 1986; *Zur Soziologie des Justizbegriffs in den französischen Sozialwissenschaften*, in « Jus Commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte », 16, 1989).

5. « Un entre d'autres ».

Prima di (provare a) concludere l'indagine sulla struttura « mistica » della sociologia di Bourdieu passando per l'opera di Canetti, si rimanga ancora per un tempo dentro il flusso di pensieri e di scrittura di de Certeau, perché notevoli scoperte vengono riservate ad un lettore attento e non « disciplinato ».

« Un même mouvement insère [*il mistico*] dans une structure sociale et lui fait accepter sa mort: ce sont deux modes de la limite, c'est-à-dire d'une articulation avec l'Autre et avec les autres. Sans

doute une vie 'cachée' trouve-t-elle son effectivité au moment où elle se perd ainsi dans ce qui se révèle en elle de plus grand qu'elle » (93).

È certamente leggibile quest'esperienza anche nei termini della « metamorfosi in massa » che apre l'*opus magnum* di un particolare « mistico » del novecento, Elias Canetti. Il libro è *Masse und Macht* (94), evidentemente.

Si noti di passaggio come, alle origini del proprio percorso intellettuale, Bourdieu abbia prodotto un testo, *Sociologues des mythologies et mythologies des sociologues* (in « Les Temps Modernes », 211, 1963), nel quale conduce una serrata analisi della « cultura di massa », nonché della « notion de masse » (p. 26) L'intero percorso intellettuale successivo può riassumersi come progetto di analitica della durkheimiana « conscience collective » *sub specie* della — vale a dire: vista come, trasformata in — « croyance » collettiva.

De Certeau conosceva bene l'opera di Canetti: « Cet ouvrage [*Masse und Macht*], énorme, multiple, nourri de curiosités et de lectures qui ont quelque chose de pantagruélique, il faut le lire comme un récit de voyage ou un journal de bord. Il faut se laisser emporter par un fleuve qui charrie les souvenirs et les réflexions d'une longue aventure à travers les livres et les pays d'Europe. Le récit est pourtant unifié: une même attention fascinée scrute partout l'irrationnel collectif qui couve au fond de l'homme. De cette exploration tâtonnante et acharnée, déjà sont révélatrices tant de formules éclatants et souvent contradictoires qui, tels les rougeoiements dangereux à la surface du 'volcan interdit', ne cessent de ponctuer et d'agiter le style de l'auteur. Ce n'est qu'un signe de ce qu'il veut montrer. Une passion de *survivre*, dit-il, habite les profondeurs d'où surgissent les violences de la masse. Partout reconnaissable, force terrible et obscure, la peur meut également la puissance; elle devient son vice, dans la mesure où le chef se défend en se donnant les moyens de survivre aux autres et trahit sa propre peur de commander en neutralisant ou en éprouvant ceux qui lui

(93) Ivi, p. 808.

(94) E. CANETTI, *Masse und Macht*, Hamburg, Claassen, 1960; trad. *Massa e potere*, Milano, Rizzoli, 1972; Milano, Adelphi, 1981².

sont soumis: 'la mort servant de menace est la monnaie de la puissance'. Aussi incohérente qu'étendue, l'érudition de l'auteur ouvre des aperçus originaux (cf. 'les symboles de la masse', p. 78-94; 'le secret', p. 308-315; 'la figure et la masque', p. 395-400, etc.). Moins sûre en psychologie qu'en anthropologie (cf. p. 461-491, l'analyse, pourtant fort intéressante, du cas célèbre du président Schreber), elle porte des jugements abrupts, souvent suggestifs, souvent hâtifs, de l'auteur. A vrai dire, elle est d'abord le langage d'un visionnaire. Une sociologie de la panique devient ici poème: toutes les résurgences de la peur y foisonnent, toutes les formes ambiguës, pathologiques et sociales, reconnues ou refusées, qui attestent en nous une lutte nocturne contre la mort. A l'heure où, dans la même collection 'Sciences humaines', M. Foucault sonne la fin de l'homme à l'horizon de la science, le livre de Canetti répète, avec tout le bagage d'une lourde histoire, l'irréductible révolte du 'survivant' qu'est toujours l'homme, mais un survivant qui ne peut se vouloir unique sans se perdre dans la folie du potentat ou du paranoïaque » (95).

Nel testo letto, l'attenzione va richiamata su un'immagine in particolare, al di là del movimento generale del pensiero già di per sé chiarificatore. Parlando dei « rougeolements dangereux à la surface du 'volcan interdit' », ed ancor prima affermando che bisogna « se laisser emporter par un fleuve qui charrie les souvenirs et les réflexions d'une longue aventure », de Certeau conduce il lettore per mano verso una comprensione del libro nei termini di un viaggio mistico, sorta di confronto con tutto quanto « atteste [...] en nous une lutte nocturne contre la mort ». Lotta « contro » la morte che rappresenta il capovolgimento altrettanto legittimo dell'accettazione della morte, e che infatti sfocia nella « irréductible révolte du 'survivant' qu'est toujours l'homme, mais un survivant qui ne peut se vouloir unique sans se perdre dans la folie du potentat ou du paranoïaque ».

È lo stesso movimento già incontrato nelle « teoria » della mitica di cui si è letto: « Chaque 'illuminé' est-il reconduit au groupe,

(95) M. DE CERTEAU, recensione a E. CANETTI, *Masse et puissance*, Paris, Gallimard, 1966, in « Études », octobre 1966, p. 431.

porté vers l'avenir, inscrit dans une histoire. Pour lui, 'faire place' à l'Autre, c'est faire place à d'autres. Le caractère exceptionnel de ce qui lui arrive cesse d'être un privilège pour devenir l'indice d'une place particulière qu'il occupe dans son groupe, dans une histoire, dans le monde. Il n'est qu'un entre d'autres ».

De Certeau ha studiato a lungo *l'arts de faire de l'homme ordinaire*, « eroe comune » cui ha esplicitamente dedicato il saggio *L'invention du quotidien*: « Héros commun. Personnage disséminé. Marcheur innombrable. En invoquant, au seuil de mes récits, l'absent qui leur donne commencement et nécessité, je m'interroge sur le désir dont il figure l'impossible objet [...]. Ce héros anonyme vient de très loin. C'est le murmure des sociétés. De tout temps, il prévient les textes. Il ne les attend même pas. Il s'en moque. Mais dans les représentations scripturaires, il progresse. Peu à peu il occupe le centre de nos scènes scientifiques. Les projecteurs ont abandonné les acteurs possesseurs de noms propres et de blasons sociaux pour se tourner vers le chœur des figurants massés sur les côtés, puis se fixer enfin sur la foule du public »⁽⁹⁶⁾. Si potrebbero seguire le metamorfosi di questo interesse nel novecento in autori attenti alla riflessione sulla mistica: un nome per tutti, Robert Musil, capace di passare attraverso l'analisi dell'uomo nella folla, l'« amorfismo » e l'individuazione di nuove « Gestalten » umane (VATAN, *Robert Musil*, cit., pp. 89 ss., 196 ss.), nonché di « inaugurare con Dio 'nuove relazioni sperimentali' » (ivi, p. 208). O ancora l'opera « etnologica » di Lévy-Bruhl, per intero consacrata all'uomo « primitivo » e dunque a forme di vita associata esplicitamente svincolate dal riferimento all'individualità « moderna », alla « soggettività ».

La metamorfosi in massa, dunque il perdere l'individualità e divenire « un entre d'autres », è testimoniata da un'« illuminazione » alla quale, peraltro, lo stesso Canetti ha fatto un esplicito richiamo nei suoi scritti.

« [...] Im ersten Winter 1924 auf 1925 die 'Erleuchtung' kam, die mein ganzes weiteres Leben bestimmte. Ich muss es 'Erleuchtung' nennen, denn ihr Erlebnis war mit einem besonderen Licht verbunden, es kam sehr plötzlich über mich, als ein heftiges Gefühl von Expansion. Ich befand mich in rascher und ungewöhnlich energischer Bewegung auf einer Strasse Wiens, die solange andauerte wie die 'Erleuchtung' selbst. Ich habe nie vergessen, was in dieser Nacht geschah. Wie ein einziger Augenblick ist sie mir gegenwärtig geblieben, nach 55 Jahren, solange genau ist es her, empfinde ich

⁽⁹⁶⁾ DE CERTEAU, *L'invention du quotidien*, cit., p. 11.

sie als etwas *Unausgeschöpftes*. Wenn der gedankliche Inhalt dieser Illumination so einfach und gering ist, dass ihre Wirkung unerklärlich wäre, so habe ich doch daraus wie aus einer Offenbarung die Kraft bezogen, 35 Jahren meines Lebens, davon 20 ganz, an die Aufklärung dessen zu setzen, was Masse eigentlich ist, wie Macht aus Masse entsteht und wie sie auf sie zurückwirkt [...]. Diese Erleuchtung, deren ich mich so deutlich entsinne, fand auf der Alserstrasse statt. Es war Nacht, am Himmel fiel mir der rote Widerschein der Stadt auf, den ich mit emporgestrecktem Kopf betrachtete. Ich achtete nicht darauf, wie ich ging, stolperte mehrmals leicht und in einem solchen Augenblick des Stolperns, den Kopf in die Höhe gereckt, den roten Himmel, der mir eigentlich so nicht gefiel, vor Augen, zuckte es mir plötzlich durch den Kopf, dass es einen Massentrieb gab, der immer im Widerstreit zum Persönlichkeitstrieb stand, und dass aus dem Streit der beiden der Verlauf der Menschheitsgeschichte sich erklären lasse. Dass kann kein neuer Gedanke gewesen sein, aber mir war er neu, denn er traf mich mit ungeheurer Gewalt. Es schien mir, dass alles, was sich jetzt in der Welt zutrage, sich daraus ableiten lasse. Dass es Masse gab, hatte ich schon in Frankfurt erfahren, ich hatte es in Wien nun wiedererlebt; dass etwas die Menschen dazu zwingt, zu *Masse* zu werden, schien mir offenkundig und unwiderlegbar, dass die Masse zu Einzelnen zerfiel, hatte nicht weniger Evidenz, ebenso dass diese Einzelnen wieder Masse werden wollten. An den Tendenzen zur Masse hin und von ihr weg hatte ich keinen Zweifel, sie schienen mir so stark und blind, dass ich sie als Trieb empfand und so benannte. Was die Masse aber selbst wirklich war, dass wusste ich nicht, es war ein Rätsel, das zu lösen ich mir vornahm, es schien mir das wichtigste Rätsel, jedenfalls das vordergründigste unserer Welt. Aber wie matt, wie erschöpft, wie ausgeblutet klingt, was ich jetzt darüber sage. Ich habe 'ungeheure Gewalt' gesagt und genau das war es, denn die Energie, von der ich plötzlich erfüllt war, zwang mich rascher zu gehen, fast zu laufen. Ich brauste durch die Alserstrasse hin, ihre ganze Länge bis zum Gürtel, es kam mir vor, als hätte ich ihn im Nu erreicht, ein Sausen in den Ohren, der Himmel unverändert rot, als sei ihm diese Farbe nur für immer zugeteilt, wohl stolperte ich wieder, aber ohne je zu fallen, das Stolpern war wie ein integrierender Teil der Gesamtbewegung. Auf diese Weise habe ich

Bewegung nie wieder erlebt, ich kann auch nicht sagen, dass ich sie mir je wieder wünschte, dazu war es zu sonderbar, fremdartig, viel rascher, als es mir gemäs ist, eine Fremdheit, die aus mir selbst kam, die ich aber nicht beherrschte »⁽⁹⁷⁾.

« [...] Nell'inverno del 1924-35 ebbi l'«illuminazione» che determinò tutto il resto della mia vita. Devo proprio chiamarla «illuminazione», poiché fu un'esperienza legata ad una luce particolare; ciò che mi investì all'improvviso fu un sentimento di violenta espansione. In una strada di Vienna venni preso da un movimento rapido, insolitamente energico, che durò quanto l'«illuminazione» stessa. Non ho mai dimenticato quel che mi accadde quella notte. L'«illuminazione» mi è rimasta presente come un momento unico, e dopo cinquantacinque anni — tanti ne sono passati — lo sento ancora come qualcosa di *non esaurito*. Il contenuto intellettuale di quest'«illuminazione» è così semplice e scarno che il suo effetto sembrerebbe inspiegabile; eppure da essa, come da una rivelazione, ho tratto la forza per dedicare trentacinque anni della mia vita, e fra questi vent'anni per intero, al tentativo di chiarire cosa sia veramente la massa, come il potere nasca dalla massa, come a sua volta esso si riverberi sulla massa [...]. L'«illuminazione» che ricordo con tanta chiarezza ebbe luogo nell'Alserstrasse. Era notte e dal cielo mi colpiva il riverbero rosso della città, riverbero che contemplavo guardando in alto. Poiché non facevo attenzione a come camminavo, incespicaì lievemente più volte. Proprio in un momento d'inciampo, con la testa volta all'insù e il cielo rosso dinanzi agli occhi — un cielo così, a dire il vero, non mi piaceva —, mi balenò improvvisamente in testa che esistesse una pulsione di massa in perpetuo contrasto con la pulsione della personalità, e che tutto il corso della storia umana potesse essere spiegato mediante il conflitto fra queste due pulsioni. Magari non sarà stato un pensiero nuovo eppure per me lo era, e mi colpì con violenza inaudita. Mi sembrava che tutto ciò che stava capitando nel mondo si potesse dedurre da esso. Che la massa esistesse l'avevo già sperimentato a Francoforte, e adesso lo stavo sperimentando nuovamente a Vienna; che qualcosa costringesse gli uomini a farsi *massa* era per me evidente, inconfutabile; che la massa si scomponesse di nuovo nei singoli era una cosa altrettanto evidente, e così pure che quei singoli volessero ridiventare massa. Esisteva una tendenza che spingeva gli uomini a farsi massa, e ne esisteva un'altra che li scomponeva dall'esser massa: su questo non avevo dubbi, mi sembravano due tendenze così forti e così cieche da percepirle quali «pulsioni», e così le chiamai. Ma non sapevo cosa fosse davvero la massa, era un enigma che allora mi proposi di risolvere, mi sembrava l'enigma più importante e comunque quello che subito risalta nel nostro mondo. Come suona fiacco, estenuato, esangue quel che vado dicendo! Ho detto «violenza inaudita» e fu proprio così poiché l'energia, che ad un tratto mi pervase, mi costrinse a camminare più in fretta, quasi a

⁽⁹⁷⁾ E. CANETTI, *Die Fackel im Ohr. Lebensgeschichte 1921-1931*, München, Hanser, 1980, p. 140-142; trad. *Il frutto del fuoco. Storia di una vita (1921-1931)*, Milano, Adelphi, 1982, p. 130-132 (traduzione ampiamente modificata).

passo di corsa. Sfrecciai per l'Alserstrasse, la percorsi tutta fino alla circonvallazione, mi parve averci messo un attimo: avevo un ronzio nelle orecchie, il cielo era immutato nel suo color rosso, come se quel colore gli fosse stato assegnato per sempre. Di nuovo incespicaí ma senza mai cadere, l'inciampare era parte integrante del movimento complessivo. L'esperienza di un movimento come quello non l'ho avuta mai più, né posso dire che me la sia mai augurata nuovamente: era un movimento troppo strano, troppo estraneo a me, molto più rapido del consueto; era un'estraneità che veniva da dentro, ma che io non dominavo ».

Inutile sottolineare tutti gli elementi, quasi tecnici, della narrazione delle esperienze di trasformazione e di possessione consegnate alla tradizione della storia delle religioni e della mistica, nelle quali questo brano deve essere inserito senza dubbio alcuno.

Se ne indichino solo alcuni: la presenza di una « luce » particolare, qui legata al riverbero del cielo della città di Vienna, luogo d'esistenza dell'elemento « nascosto » ed infine sperimentato, la massa. Poi il « Gefühl », la sensazione di « heftiges Expansion », la presa di possesso da parte di un'energia estranea, « eine Fremdheit » coincidente col manifestarsi di un « rascher und ungewöhnlich energischer Bewegung ». Ancora l'inesauribilità, e dunque l'infinita del momento vissuto, del contatto sperimentato con l'elemento velato ed ignoto, per il quale Canetti parla esplicitamente di « Offenbarung », « rivelazione ». Infine, il « contenuto » della « rivelazione »: l'esserci un contrasto fondamentale, una coppia di opposti, le « Tendenzen zur Masse hin und von ihr weg ». Tutto ciò apre immediatamente alla « storia », poiché « aus dem Streit der beiden der Verlauf der Menschheitsgeschichte sich erklären [lässt] »: l'intera opera successiva di Canetti, in particolare il trattato *Masse und Macht*, come già si è letto nella pagina di de Certeau, offrirà « teoria », materiali ed esemplificazioni, per meglio specificare le leggi di articolazione di tale conflitto, il quale assumerà una definizione ulteriore nell'analisi dell'incessante dinamica che avvolge in un chiasmo i due elementi della « Masse » e della « Macht », la potenza, il potere nelle sue forme costituite.

Che una tale lettura dell'opera di Canetti non sia in nulla peregrina viene confermato da vari elementi, presenti qua e là nella sterminata produzione di Canetti. È vero: in quell'opera si legge di una diffidenza verso la « Verfassung » dei mistici, dunque verso la loro « condizione », il loro status « etico »: « Ich möchte alles in

mir enthalten und doch ganz einfach sein. Das ist schwer. Denn ich will das Viele nicht auflösen, sosehr ich einfach sein will. Die Verfassung der Mystiker widerstrebt mir; es scheint mir, dass sie für ihr Glück zu viel geopfert haben »⁽⁹⁸⁾.

Ma si legge anche: « Man verzeiht ihm viel, wegen des mystischen Wortes Verwandlung »⁽⁹⁹⁾. Un riferimento decisivo alla « misitica » per uno dei vocaboli centrali, forse il cuore stesso, della poetica filosofica ed antropologica di Canetti, attraverso una sottolineatura che lo stesso autore fa in rapporto ad una tradizione specifica della « mistica » occidentale. Svincolando infatti la « mistica » dalla ricerca di una « Glück » tutta declinata esistenzialmente, è invece il lato dell'incessante rapporto di trasformazione del singolo nel molteplice, e dunque la dimensione « conoscitiva », « esperienziale », l'uscire da sé per passare nell'altro, a ricondurre la « Verfassung » canettiana maggiormente a contatto con l'« expérience mystique » quale venne declinata dal grande studioso della religione dei « primitivi », Lucien Lévy-Bruhl.

Canetti si è esplicitamente richiamato a Lévy-Bruhl proprio in tema di « metamorfosi »: « [...] Siehe auch *Lévy-Bruhl*, *La Mythologie primitive*, Paris, 1935. Dieses bedeutende Buch ist für viele Aspekte der Verwandlung un-gemein anregend. Es beschränkt sich im grossen und ganzen auf die mythische Welt der Australier und Papua, bringt sehr ausführliche Zitate aus den besten Werken über diese Gebiet und überlasst vieles dem Leser selbst. Man kann es als das am wenigsten problematische Werk von *Lévy-Bruhl* bezeichnen »⁽¹⁰⁰⁾. Circa la Francia, si noti anche che Lévy-Bruhl è citato nella voce

⁽⁹⁸⁾ E. CANETTI, *Nachträge aus Hampstead. Aufzeichnungen*, München, Hanser, 1994, p. 11; trad. *La rapidità dello spirito*, Milano, Adelphi, 1996, p. 13: « Vorrei contenere tutto in me e insieme essere semplice, semplicissimo. È difficile. Perché non voglio disperdere il molto pur volendo essere semplice. La condizione dei mistici mi ripugna; a me sembra che per la loro felicità abbiano sacrificato troppo » (traduzione modificata).

⁽⁹⁹⁾ E. CANETTI, *Die Fliegenpein. Aufzeichnungen*, München, Hanser, 1992, p. 120; trad. *La tortura delle mosche*, Milano, Adelphi, 1993, p. 144: « Gli si perdonano molte cose per via della parola mistica metamorfosi » (traduzione modificata).

⁽¹⁰⁰⁾ CANETTI, *Masse und Macht*, cit., p. 553 (trad. p. 582): « Vedi anche Lévy-Bruhl, *La mythologie primitive*. Questo importante libro è immensamente stimolante per ciò che riguarda molti aspetti delle metamorfosi; tratta essenzialmente del mondo mitico degli Australiani e dei Papua, reca amplissime citazioni dalle migliori opere sul-

Mystique, cit., p. 805, scritta da de Certeau: egli viene menzionato « dans un ensemble particulièrement riche de publications consacrées à la mystique pendant trente ans ». Invece, nell'edizione francese di *Masse und Macht* è lasciato cadere il giudizio di « problematicità » che Canetti esprime sul resto della produzione di Lévy-Bruhl (cfr. CANETTI, *Masse et puissance*, cit., p. 508). Bourdieu stesso ha contratto un debito profondo con Lévy-Bruhl (cfr. *retro*, p. 8). Se il mescolamento di etnologia (intesa come ricerca sul campo) e riflessione filosofica ha in lui il solo antecedente possibile, va anche aggiunto che almeno tre passaggi di opere fondamentali di Bourdieu discutono le sue tesi: il primo consiste dell'intero *Chapitre 1*, « Objectiver l'objectivation », de *Le sens pratique*, cit., capitolo che consiste di una lunga discussione critica della situazione di « projection indue du sujet dans l'objet » rappresentata dalla « participation primitiviste de l'ethnologue ensorcelé ou mystique » [ivi, p. 58] all'oggetto della propria osservazione. Si tratta della condizione dell'etnologo incapace di porsi nella relazione adeguata fra osservatore ed osservato, una relazione dunque — da Bourdieu discussa nelle *Méditations pascaliennes*, e si tratta del secondo testo in cui compare un riferimento esplicito a Lévy-Bruhl⁽¹⁰¹⁾ — capace di assumere « riflessivamente » la fondamentale contiguità fra modi di comprensione della realtà e di costruzione del mondo sia da parte dell'osservatore, sia dell'osservato, e ciò senza invocare « nature » od « essenze mentali » particolari. Il terzo rimando diretto a Lévy-Bruhl è presente in BOURDIEU, *Esquisse d'une théorie de la pratique*, trad. cit., p. 267.

Ma soprattutto, tale riferimento alla « mistica » è confermato da un testimone d'eccezione, vicino a Canetti fin dalla scaturigine del pensiero sulla massa. Si tratta di Hermann Broch, amico personale di Canetti.

Si veda in più luoghi la testimonianza resa da Canetti sul legame particolare che aveva con lo scrittore viennese: E. CANETTI, *Hermann Broch. Rede zum 50. Geburtstag. Wien, November 1936*, in E. CANETTI, *Das Gewissen der Worte*, München, Hanser, 1975, p. 10-24 (trad. *La coscienza delle parole*, Milano, Adelphi, 1984, p. 17-37); nonché, nello stesso volume, *Das erste Buch: Die Blendung*, pp. 241 ss. (trad. cit., pp. 329 ss., in particolare p. 344), dove si legge della trasformazione del titolo tedesco su pressione di Broch: da *Kant fängt Feuer*, « Kant prende fuoco », a *Die Blendung*, « L'accecamento ». Dapprima in Inghilterra, poi in Italia, il volume assumerà infine il titolo *Auto da fé*, per espresso desiderio dell'autore.

Tale testimonianza è consegnata alla pagina della *Einleitung* alla pubblica lettura che Canetti tenne nella *Volkshochschule* del sob-

l'argomento, e lascia ampio margine al giudizio del lettore. La si può considerare l'opera meno problematica di Lévy-Bruhl » (traduzione modificata).

(101) BOURDIEU, *Méditations pascaliennes*, cit., p. 77.

borgo di Leopoldstadt, presso Vienna, nel 1933: « Verehrte Zuhörer, dass ich Sie heute mit meinem Freund Elias Canetti bekannt machen darf, gereicht mir zur besonderen Freude. Denn wenn auch sein Werk eindringlicher zu Ihnen sprechen wird, als es jede Einführung vermag, so werden Sie doch nur Bruchstücke hören, und diese werden sich Ihnen leichter zu einer Gesamtheit runden, wenn ich Ihnen von dem Gesamtwerk und von der Persönlichkeit, die dahinter steht, etwas sagen darf.

Elias Canetti wurde in Rustschuk in Bulgarien 1905 geboren, er ist Spaniole, seine Muttersprache ist Spanisch, was aber nicht hindert, dass er ein deutscher Dichter ist, seine Studienzeit verbrachte er teilweise in der Schweiz, teilweise in Österreich. Ursprünglich wollte er sich den Naturwissenschaften zuwenden, aber das Dichterische wurde zum Tragenden seines Lebens, und heute legen bereits zwei Werke vor, ein Drama 'Hochzeit' und ein grosser Roman 'Kant fängt Feuer', der Als Anfangsband einer gewaltigen Romanserie gedacht ist. Eine Komödie nähert sich ihrer Vollendung, und neben diesem dichterischen Schaffen ist Canetti daran, zu einer breit angelegten Philosophie der Masse den Grundstein zu legen.

Damit charakterisiert sich aber auch Canettis Werk, denn seine Grundüberzeugung ist der Glaube an die grosse seelische Existenz der Masse, an das Überindividuelle, das ihm von grösserer und konkreterer Wirklichkeit ist als das Leben der Einzelindividuum. Im Vorhandensein des Menschenheitsganzen, im Vorhandensein der lebendigen Menschenmassen erblickt und fühlt er die Hörere und, man möchte wohl sagen religiöse Einheit, aus der aller Sinn des Lebens erfliesst und zu dem aller Lebenssinn, damit er es sei, zurückfliessen muss. Er verwandte dafür einmal ein schönes Gleichnis: ich tauche die Hand ins Meer, ein Tropfen hängt an der Hand, und der Tropfen tut mir leid, — er ist entheimatet. Doch dürfen Sie nicht meinen, dass solche Symbol- und Gleichnishaftigkeit einen freundlichen Pantheismus bedeute, nein, dies keineswegs. Vielleicht wird Canettis Schaffen mit zunehmender Zeit auch naturnäher werden: vorderhand ist die Landschaft seiner Dichtung reine, beinahe abstrakte Seelenlandschaft. Damit ist aber nicht gesagt, dass seine Gestalten naturentfernt seien. Sie sind vielmehr von intensiver, von intensivster, ja beinahe von dämonischer Lebenserfülltheit. Es ist eine besondere Intensität des Seelischen, die hier

angestrebt und erreicht wird, ein Aufbau der Gestalt aus der Logik ihres Seins, die gleichzeitig die übergeordnete Logik der Gesamtheit ist und von dieser ihre unverbrüchliche und feste Lebensgeltung erfährt. Diese scharfe Einstellung auf die innere Logik des Gestalten gibt der Canettischen Dichtung ein eigentümlich rationales Gepräge, und selbst dort, wo das Irrationale durchbricht, wo alle dunklen Gewalten des Menschen entfesselt werden, das Höllische der Seele sich auftut, da geschieht es in einer merkwürdig harten, logischen und kalten Weise. Das, was man gemeiniglich Gemütswärme nennt, oder gar das Poetische, das wird man freilich bei Canetti vergeblich suchen. Hart konturiert stehen die Figuren im Raum, oftmals — und dies entspringt eben der Methode Canettis — bis ins Karikaturistische gesteigert. Man könnte dieser Methode den Vorwurf des Homunkulushaften machen, den Vorwurf, dass jede Gestalt Canettis ein Homunkulus, ein künstlicher Mensch sei, eine Marionette, deren Lebensechtheit bloss in der unendlichen Vielfalt der logischen Drähte liegt. Aber abgesehen davon, dass dies kein Vorwurf ist, denn auch das Rationale wird in der Hand eines Dichters zum Kunstwerk, so wird hier mit solch kalter, ja unbarmherziger Methode mehr als etwas bloss Ästhetisches bezweckt: hier wird die Methode — wie in *jedem* echten Kunstwerk — einem ethischen Zweck unterstellt, und das Ethos der Canettischen Kunst ist die Rückführung des Geschehens auf die Angst.

Meinen Sie ja nicht, dass es sich dabei um eine Kunst nach der Art E. Th. A. Hoffmanns oder Edgar Allan Poes handelt. *Wenn* es zu diesen bei Canetti Beziehungen gibt, so bloss in der karikaturistischen Konturierung der Gestalten. Die Angst, die Canetti erweckt und erwecken will, steht vielmehr in enger Beziehungen zu seinem Glauben an die überindividuelle Masse und an das Massenbewusstsein. Es ist gewissermassen eine positiv gewendete Angst. Denn Canettis nahezu hasserfüllte Bevorzugung der grotesken und abseitigen Menschengestalt, entspringt der Überzeugung, dass das Individuelle von vornherein bloss Verzerrung sein kann, dass das Ewige erst in der Gemeinschaft der Individuen ruht, und dass die Aufspaltung der grossen Einheit in Individuen immer nur das im wahren Sinne Abnormale ergeben muss. Das Individuum, und mit ihm seine individuelle Freiheit, ist für Canetti stets Exponent des Abnormalen, des Irrsinnigen. Bloss der Irrsinnige ist wahrhaft frei,

bloss er ist wahrhaft individuell, und so ist auch der Roman Canettis, sind die Bücher, die dessen Fortsetzung bilden werden, Romane vom Irrsinn.

Doch so angstvoll der Irrsinn auch an sich ist, es wäre mit dessen Schilderung noch keine ethische Tat getan, und nichts würde die Bezeichnung 'positiv gewendete Angst' rechtfertigen. Was aber Canetti will ist mehr: indem er seine Gestalten, und damit den Leser, in die Angst des Irrsinns jagt, will er jene tiefste Zerknischung erreichen, die bloss mit Ekkeharts 'Abgeschiedenheit' zu vergleichen ist. Er will den Menschen und seine Individuumshaftigkeit, die nicht nur das Irrsinnige sondern auch das Sündige ist — immer ist es die alte Idee von der Besessenheit, die wieder aufscheint — er will das Individuum zu jenem letzten Nichts reduzieren, von dem aus erst wieder die Umkehr möglich wird. Und diese Umkehr ist die Rückkehr ins Überindividuelle, ist die Gnade des Meers, in das der Tropfen zurückfällt.

Die Aufgabe, die sich Canetti gestellt hat, ist gross, schwer und schön.

Hören Sie ihn jetzt selber » (102).

[« Stimati uditori, mi onora di una gioia davvero particolare la circostanza di potermi oggi presentare a voi in compagnia del mio amico Elias Canetti. Per quanto la sua opera vi parlerà in modo ben più incisivo di quanto possa fare una qualsiasi presentazione, va pur detto che di essa ascolterete solo alcuni frammenti: essi potranno assumere più agevolmente una forma d'insieme se vi dirò fin d'ora qualcosa sull'opera nella sua completezza, nonché sulla personalità che vi sta dietro.

Elias Canetti è nato nel 1905 a Rustschuk in Bulgaria, è *spaniol* e di madrelingua spagnola, ma ciò non gli impedisce di essere uno scrittore di lingua tedesca. Ha trascorso gli anni di studio tra la Svizzera e l'Austria: all'inizio volle dedicarsi alle scienze della natura, ma in seguito l'elemento poetico è divenuto l'asse portante della sua vita ed oggi sono disponibili due sue opere, il dramma *Hochzeit* ed un grosso romanzo, *Kant prende fuoco*, pensato quale volume iniziale di un'imponente serie di romanzi a venire. Una commedia si nutre del proprio compimento, sicché, accanto a questa produzione poetica, Canetti è sul punto di gettare le basi di una filosofia della massa di vasta portata.

In tal modo è anche l'opera di Canetti a venir caratterizzata, dato che la

(102) H. BROCH, *Einleitung zu einer Lesung von Elias Canetti in der Volkshochschule Leopoldstadt (Wien) am 23. Januar 1933*, in H.G. GÖPFERT [a cura di], *Canetti lesen. Erfahrungen mit seinen Büchern*, München, Hanser, 1975.

sua convinzione fondamentale consiste nella fede [*Glaube*] nella grande esistenza psichica [*seelisch*] della massa, del sopraindividuale, una realtà per lui più grande e più concreta della vita del singolo individuo. Nell'esserci di insiemi di unità umane, di viventi masse umane, egli scorge e sente un'unità superiore, si potrebbe anche dire un'unità religiosa, dalla quale defluisce il senso della vita ed alla quale ogni senso della vita, per esser tale, deve rifluire. In proposito, una volta egli impiegò un esempio davvero bello: affondo la mano nel mare, una goccia mi pende dalla mano ed essa mi fa soffrire — ha perduto la propria patria. Non bisogna in alcun modo ritenere che, impiegando tale simbologia ed utilizzando un esempio di questo tipo, egli intenda abbandonarsi ad un sereno panteismo. Col trascorrere del tempo la produzione artistica di Canetti si farà forse più attenta alla natura, ma al momento il paesaggio della sua poesia è paesaggio puro, un paesaggio dell'anima, quasi astratto. Dicendo ciò, non si afferma che le sue figure [*Gestalten*] siano lontane dalla natura; al contrario, esse sono di una pienezza vitale intensa, forse la più intensa che vi sia, una pienezza vitale quasi demoniaca. In esse viene perseguita e raggiunta una particolare intensità dello psichico, l'organizzazione della forma [*die Aufbau der Gestalt*] a partire dalla logica del suo essere che è, al contempo, anche la logica superiore dell'insieme, il quale apprende da essa la propria organizzazione vitale, stabile e perenne. Tale acuta messa a fuoco della logica interna delle forme [*Gestalten*] dà alla poesia canettiana una caratteristica impronta razionale. Anche laddove si manifesta l'irrazionale e si scatenano le forze oscure dell'uomo, o si schiude l'infernale dell'anima, tutto accade in modo straordinariamente duro, logico e freddo. Si cercherà invano in Canetti quel che comunemente si chiama tepore dell'anima, o l'elemento poetico. Le figure si stagliano nello spazio con dei contorni severi e vengono spesso portate fino alla caricatura: ciò trae origine proprio dal metodo di Canetti. Si potrebbe muovere un appunto a questo metodo, il suo essere a dimensione di *Homunkulus*: ogni figura di Canetti sarebbe invero un *Homunkulus*, un uomo artificiale, una marionetta, il cui realismo consisterebbe solo in un'infinita varietà di fili logici. Ebbene, prescindendo dal fatto che questo non potrebbe essere un rimprovero, poiché anche il razionale diventa opera d'arte nelle mani di un poeta, quel che si ha di mira con un metodo talmente freddo, anzi impietoso, è molto più che qualcosa di semplicemente estetico: al metodo viene assegnato — come in *ogni* puro capolavoro — un fine etico, e l'*ethos* dell'arte canettiana consiste nel ricondurre gli avvenimenti all'angoscia.

Non si creda che si tratti di un'arte alla maniera di E. Th. A. Hoffmann o di Edgar Allan Poe. *Se* in Canetti vi sono delle relazioni con questi autori, ciò riguarda solo la conformazione caricaturale delle figure. L'angoscia che Canetti suscita, e che vuole suscitare, è invece in stretta relazione con il suo credere [*Glauben*] alla massa sopraindividuale e alla coscienza di massa. Si tratta, in certo senso, di un'angoscia indirizzata in positivo. La predilezione quasi ricolma d'odio da parte di Canetti per forme umane grottesche ed emarginate nasce dalla convinzione che l'individuale possa essere, fin dal principio, un semplice travisamento, e che l'eterno poggi solo sulla comunità degli individui. Ancora, che la scissione delle grandi unità in individui possa dare come risultato solo l'anormale, nel senso più vero del termine. L'individuo, e con lui la propria individuale libertà, è sempre, per Canetti, un esponente dell'anormale e della follia. Solo il folle è veramente libero; solo lui è

veramente individuale. Così è anche il romanzo di Canetti, e così saranno i libri che lo continueranno, tutti romanzi della follia.

Per quanto angosciata la follia possa essere in sé, con una tale descrizione non si sarebbe compiuta ancora nessuna azione etica, e nulla giustificherebbe la qualifica di 'angoscia indirizzata in positivo'. Ma ciò che Canetti vuole è altro ancora: incalzando le proprie figure, e il lettore, con l'angoscia della follia, egli vuole raggiungere una più profonda contrizione, paragonabile solo alla *Abgeschiedenheit*, al 'distacco', di Eckhart. Egli vuole ridurre l'uomo e la sua individualità — che è non solo follia ma anche peccato (è sempre l'antica idea della possessione ad emergere nuovamente) —, ebbene, egli vuole ridurre l'individuo a quell'ultimo nulla dal quale, solamente, diventa di nuovo possibile un capovolgimento. Questo capovolgimento è il ritorno nel sopraindividuale, la grazia [*Gnade*] del mare nel quale la goccia ricade.

Il compito che si è dato Canetti è grande, difficile e bello.

Ascoltate ora lui stesso »].

Il testo letto è altrettanto bello e difficile, almeno quanto le opere dell'autore alle quali esso introduce. Sottolineando solo alcuni dei molteplici aspetti che meriterebbero di essere evidenziati, va detto subito che Broch ricostruisce, già nella prima metà degli anni trenta del secolo passato, le linee di tendenza speculative di un pensiero che ancora sarà prolifico per circa sessant'anni, un periodo nel quale si confermeranno le valutazioni fornite da Broch con tanto tempismo.

Se la cifra complessiva dell'unità poetica canettiana sta — musulianamente e wittgensteinianamente, ad un tempo — nella relazione indissolubile fra estetica ed etica, Broch sottolinea anche il legame di quel pensiero con la filosofia della « Gestalt », una filosofia « psicologica » centrata attorno all'analisi della « besondere Intensität des Seelischen, [...], ein Aufbau der Gestalt aus der Logik ihres Seins, die gleichzeitig die übergeordnete Logik der Gesamtheit ist und von dieser ihre unverbrüchliche und feste Lebensegung erfährt ».

Ma tutto ciò pare essere una sorta di premessa al punto decisivo dell'analisi cui Broch sottopone l'*ethos* canettiano: la partecipazione di questa « forma » di pensiero ad una tradizione precisa, la tradizione mistica, qui indicata dal nome di Meister Eckhart, mistico renano del XIV secolo. Ora, il nucleo della dimensione « mistica » in Canetti viene individuato da Broch precisamente nella tematica della metamorfosi in massa da parte del singolo: si è dunque al cuore della filosofia canettiana. Una filosofia che individua la ra-

dice dell'assurdo e del non-senso nella follia « nichilista » dell'individuo « libero » dal legame con la massa dei consociati. Per contro, la metamorfosi in massa viene definita da Broch « Gnade », una « grazia », il dono che giunge inatteso, « die Gnade des Meers, in das der Tropfen zurückfällt ».

È certamente una dichiarazione forte quella che afferma che « das Ewige erst in der Gemeinschaft der Individuen ruht, und dass die Aufspaltung der grossen Einheit in Individuen immer nur das im wahren Sinne Abnormale ergeben muss ». Ed è forte ancor più perché pronuziata in lingua tedesca nell'anno 1933, dunque avendo sotto gli occhi fenomeni politici di non poco rilievo circa la questione del rapporto tra massa e potere. Si può dunque credere all'affermazione che Canetti ha fatto più volte, che cioè tutta la sua opera fosse una interrogazione di fenomeni quali il fascismo e il nazismo, esperimenti sociali di costruzione di « comunità » subordinate essenzialmente alla rappresentazione dell'Unico, dell'individuo superiore o « Führer »: vale a dire — senza aver paura delle parole — una subordinazione all'« Individuum » il quale, « mit [...] seine[r] individuelle[n] Freiheit, ist für Canetti stets Exponent des Abnormalen, des Irrsinnigen », poiché « bloss der Irrsinnige ist wahrhaft frei, bloss er ist wahrhaft individuell ».

Una goccia d'acqua nel mare, questo il titolo di un paragrafo consacrato a *L'individuo fra 'psicologia della folla' e 'teoria elitista'* in P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. 4, *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 153 ss. Certo, folla e capo si implicano a vicenda in una visione della « razionalità » integralmente consegnata all'aprioristica « fede » in un « individuo autonomo e responsabile », ma *Masse und Macht* conduce innanzitutto un'indagine decisiva sulle dinamiche che articolano la vita *psichica* della *massa*, della « Gestalt » umana collettiva, i suoi « Massensymbolen », « Gefühlen » ed « Eigenschaften ». Un libro di profonda lucidità *politica* ⁽¹⁰³⁾. Le pagine di *Masse und Macht* dedicate alla « Herrschaft » ⁽¹⁰⁴⁾ (espressione di cui Weber ha fatto grande uso nella sua sociologia del potere) sono una rappresentazione « perspicua », come direbbe Wittgenstein, condotta in più con metodo « morfologico », della follia dell'individualità « assoluta »: l'intero libro, in effetti, può anche essere considerato come un'analisi antropologica della « Gestalt » del « pouvoir constituant »

⁽¹⁰³⁾ Qualche passo in questa direzione lo compie R. BODEI, *Elias Canetti e il mistero doloroso dell'obbedienza*, in « Nuova corrente », 129, 2002.

⁽¹⁰⁴⁾ CANETTI, *Masse und Macht*, cit., p. 473 ss.

che, in quegli stessi anni in Germania, un famoso giurista compromesso col regime aveva evidenziato quale fondamento dei regimi costituzionali ⁽¹⁰⁵⁾. Si aggiunga come sia presente una discreta attenzione da parte di Canetti anche a tematiche riconducibili alla sfera del diritto: si vedano i capitoli di *Masse und Macht* nei quali si analizza « Das Wesen des parlamentarischen Systems » (ivi, p. 213 ss.); nonché l'« Urteilen und Aburteilen » quali elementi del potere, con esplicito riferimento al potere del « Richter » (ivi, p. 340 ss.), e il capitolo sul « Befehl » (ivi, p. 347 ss.). Una conferma di tale produttività politica dell'analisi canettiana può esser cercata in P. COSTA, *Le api e l'alveare. Immagini dell'ordine fra 'antico' e 'moderno'* (in *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003), dove si trova un'aurea ricognizione circa le immagini dell'ordine politico-sociale: un'analisi che parte da Aristotele e Virgilio e, passando per l'alto e il basso medioevo di Basilio e Ambrogio, dei 'bestiari' duecenteschi e del *Policraticus* di Giovanni da Salisbury, raggiunge le opere di Campanella ed Hobbes, Mandeville e Tocqueville. Con la metafora delle api e dell'alveare — dunque, una metafora di massa — si allude, anche per l'epoca attuale della globalizzazione, ad « una realtà la cui complessità e tendenziale 'inesauribilità' sembrano resistere ad ogni univoca procedura di decifrazione 'razionale' » (p. 375). La realtà in questione concerne, « in sostanza », la modalità di effettuazione dell'« alchemica trasformazione dei 'molti' nell'uno' [dunque] in che modo una molteplicità apparentemente casuale di individui si trasformi in una comunità politica, dia luogo ad una forma di vita condivisa » (ibid.). Concludendo con un preciso riferimento ad un autore del primo novecento fortemente influenzato dalla tradizione mistica, Maurice Maeterlinck, che scrisse una *Vie des abeilles* nel 1901, afferma Costa: « La parabola della nostra metafora non sembra peraltro ancora conclusa: il fatto che essa appaia utilizzabile per intendere la dinamica del nuovo mondo 'globalizzato' offre un'estrema conferma della sua singolare longevità. Resta semmai da chiedersi, conclusivamente, quale sia il segreto che la rende apparentemente 'interminabile'. Provo a formulare (sommessamente) un'ipotesi. Forse il segreto delle sue continue metamorfosi coincide con la sua capacità non già di suggerire una risposta, ma di sottrarsi ad essa: creando l'illusione di riflettere, con evidenza ed immediatezza, nel suo specchio ('come le api nell'alveare...') quel misterioso *agencement* delle parti e del tutto che continua a proporsi sempre di nuovo come una delle nostre irriducibili 'grandi domande' » (p. 409). Metamorfosi, rapporto dei contrari (uno-molti), un elemento conoscitivo velato e misterioso: forse è proprio in questo spazio di pensiero che può esser data una chiave di lettura adeguata al tema de « El silencio de Pietro Costa » (cfr. B. CLAVERO, 'Iurisdictio' nello specchio o *el silencio de Pietro Costa*, in COSTA, *Iurisdictio*, cit.), « silencio » che esplicitamente Costa ricollega ad uno dei grandi testi della mistica novecentesca, il *Tractatus logico-philosophicus* di Wittgenstein (ivi, p. XCIII; Wittgenstein è anche in esergo alla ricerca complessiva, p. 3). Va notato il puntuale apprezzamento che Costa fa, a proposito della teoria del « campo semantico », di alcuni concetti ugualmente presenti nelle opere di Bourdieu: « campo », « giuoco », « Gestalt » (ivi, p. 33). Inoltre, nel richiamarsi al con-

(105) Su « massa e inimicizia » in Schmitt, cfr. F.S. NISIO, *La massa del diritto*, Pisa, Ets, 1994, p. 115 ss., 143 ss.

cetto di « parola-chiave », una « parola » intesa non come « une abstraction, [...] une moyenne [...], un objet, mais un être, un sentiment, une idée, vivants dans la mesure même où la société reconnaît en eux son idéal » (ivi, p. 51), Costa mostra una contiguità con una concezione del linguaggio quale forza operante, capace appunto di mettere-in-forma le relazioni fra i parlanti. Ed è infine l'accenno alla categoria dell'« omologia strutturale » (ivi, p. 59) a mostrare in modo sempre più scoperto una ascendenza « mistica » del discorso metodologico all'opera: l'unità di due campi d'analisi — il discorso, la storia — non può essere nominata, bensì solo mostrata *uno intuitu*.

6. *Un futuro, sempre.*

Nel 1997 Pierre Bourdieu venne insignito dell'*Ernst-Bloch-Preis* della città di Ludwigshafen.

Il testo dell'allocuzione per l'*Ernst-Bloch-Preis* del 1997, *Un utopisme raisonné pour l'Europe*, è raccolto col titolo *Neo-Liberalisme comme révolution conservatrice* in K. KUFELD [a cura di], *Zukunft gestalten. Reden und Beiträge zum Ernst-Bloch-Preis 1997*, Tübingen, Talheimer, 1998. Se ne veda la traduzione inglese, *A Reasoned Utopia and Economic Fatalism*, in « *New Left Review* », 227, 1998. Queste le parole iniziali del discorso di ringraziamento di Bourdieu (versione inglese, p. 125): « My warmest thanks for the honour I have been awarded, which associates my own name with that of one of the German philosophers whom I most admire ». Arno Münster ha mostrato i forti legami di Bloch con la mistica ebraica, in *Messianisme juif et pensée utopique dans l'oeuvre d'Ernest Bloch*, in « *Archives de Sciences Sociales des Religions* », 57, 1984 (sull'interesse di Bourdieu per la *Kabbalah*, cfr. *retro*, p. 19). Un altro autorevole interprete del pensiero di Bloch, Hans Heinz Holz (si veda H. H. HOLZ, *Logos spermatikos. Ernst Blochs Philosophie der unfertigen Welt*, Darmstadt, Luchterhand, 1975), ha scritto un importante saggio su Canetti dal titolo *Elias Canettis « Masse und Macht » als religionsphilosophischer Entwurf*, in « *Text+Kritik* », 28, 1982, nel quale discute il « Grundthema » dell'opera, « Tod und Überleben », quale « religiöses Thema » declinato secondo una « Gestalt » mitologica: « Die Archetypen von Masse und Macht sind die Konstanten dieses Mythos, aber im Grunde geht es um eins, die Utopie vom ewigen Leben » (p. 11). Ulteriore interesse suscita l'accostamento che egli effettua a Benjamin del tentativo canettiano di « Geschichte umzuschreiben im Namen der Unterlegenen, Unterdrückten, Vergessenen » (p. 24). Se quello di Bloch — e si aggiunga: di Spinoza, Canetti, Carbonnier, Bourdieu — è uno « spekulativer Materialismus » (HOLZ, *Logos spermatikos*, cit., 123 ss.) ovvero, come si potrebbe anche dire, un « materialismo visivo » (NISIO, *Comunità dello sguardo*, cit., p. 93 ss.); ebbene, è sempre uno sguardo *sub specie aeterni* a dar conto dell'unità del pensiero e dell'opera di osservatori così profondi e diversi fra loro.

Bloch, o della speranza: non si può concludere nulla, nessuna

finalità può mai essere raggiunta, sempre il futuro è aperto. Lo stesso dicasi di un'indagine « morfologica » sugli scritti di un pensatore della profondità di Pierre Bourdieu: in essi è possibile lanciare solo alcune sonde, seguire metamorfosi di pensieri, aprire strade ad una comprensione sempre rinnovata, sempre da rinnovare. Impossibile nominare riassuntivamente la forma del pensiero in oggetto. Quella forma è data solamente nello sguardo del lettore, lo sguardo dell'altro.

Anche quella di Bourdieu, al pari di grandi capolavori della mitica del Novecento (*Der Prozess* di Kafka, l'intera opera postuma di Wittgenstein, i *Cahiers* di Simone Weil), è opera non-conclusa, opera aperta, volta al domani. Come ebbe a scrivere nel 1983 Canetti a proposito di *Masse und Macht* — altro testo monco di un prosieguito, come peraltro il suo primo ed unico romanzo —, ebbene, anche dell'opera di Bourdieu si può dire qualcosa di simile:

« Es wird die Form von 'Masse und Macht' noch zu seiner Stärke werden. Mit der Fortsetzung hättest du dieses Buch durch deine Hoffnungen zerstört. So wie es jetzt ist, zwingst du die Leser dazu, ihre Hoffnungen zu suchen »⁽¹⁰⁶⁾.

Inutile sottolineare che si tratta sempre di « Form » e di « Stärke », dunque di un'immagine che agisce « praticamente », invisibilmente. In più, ora, c'è la « Hoffnung », anch'essa molteplice, plurale, non solo quella dell'autore ma anche le speranze dei lettori.

La massa, qui, è chiamata alla propria responsabilità.

⁽¹⁰⁶⁾ E. CANETTI, *Das Geheimnis der Uhr. Aufzeichnungen 1973-1985*, München, Hanser, 1987; trad. *Il cuore segreto dell'orologio. Quaderni di appunti 1973-1985*, Milano, Adelphi, 1987: « La forma di *Masse und Macht* diverrà anche la sua forza. Dandogli una continuazione, avresti distrutto quel libro attraverso le tue speranze. Così come adesso è, costringi i lettori a cercare le proprie speranze » (traduzione modificata).

La dimensione giuridica

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

PORQUE É QUE EXISTE E EM QUE É QUE CONSISTE UM DIREITO COLONIAL BRASILEIRO

1. A autonomia do direito colonial como reflexo do pluralismo do ordenamento jurídico europeu de Antigo Regime. — 2. A ambivalência das ordens jurídicas. Divergências doutrinárias. — 3. A possibilidade de impugnação jurídica das leis régias. — 3.1. Contratos, privilégios e normas gerais. — 3.2. A criação de normas particulares: costumes, graça e privilégio. — 3.3. Direito estrito e ordens normativas próximas. Fundamentos doutrinários. — 4. Flexibilidade do direito em função da graça. — 4.1. A extensão do arbítrio (julgamento de equidade) dos magistrados. Magistrados interesses locais. — 5. A lei geral cede a abusos que, pela repetição, se transformam em práticas e costumes locais. — 5.1. Direitos dos corpos inferiores. — 6. Direito comum e ordem jurídica colonial.

Desde há uns anos que o tema das relações entre a sociedade metropolitana e a sociedade brasileira se tem vindo a libertar de algumas imagens historiográficas transláticas, adoptando modelos de análise e pontos de vista que se distanciam dos imaginários nacionalistas e que incorporam perspectivas mais modernas da historiografia geral.

Neste texto, abordo uma questão que interessa particularmente aos historiadores do poder e das instituições e cuja compreensão necessita de alguns esclarecimentos que a história do direito de Antigo Regime pode fornecer.

O meu ponto o seguinte. Para se falar de um direito colonial brasileiro — com a importância política e institucional que e isto tem —, é preciso entender que, no sistema jurídico de Antigo Regime, a autonomia de um direito não decorria principalmente da existência de leis próprias, mas, muito mais, da capacidade local de

preencher os espaços jurídicos de abertura ou indeterminação existentes na própria estrutura do direito comum ⁽¹⁾.

De algum modo, a tendência para andar à procura do leis especiais para o Brasil quando se quer comprovar existência de um direito próprio é induzida pelo modo como a historiografia espanhola tratou tradicionalmente o chamado ‘direito das Índias’. Na verdade, só muito recentemente — a partir de um livro do historiador argentino Vítor Tau Antzoategui ⁽²⁾ — é que a concepção de ‘direito das Índias’ como complexo de leis da coroa foi substituída por uma concepção de direito construído pela prática — eventualmente, pela prática dos tribunais — nos espaços que o direito comum clássico deixava à regulamentação local, consuetudinária ou judicial.

É certo que a monarquia portuguesa emitiu algumas leis para o Brasil, embora em menor quantidades do que as editadas pela monarquia espanhola para a sua América ⁽³⁾. Em todo o caso, se se procurara pelo direito do Brasil colonial, é minimamente aí que ele se encontra. Diria mesmo que a maior parte destas providências

⁽¹⁾ Lauren BENTON, em *The Legal Regime of the South Atlantic World, 1400-1750: Jurisdictional Complexity as Institutional Order*, «Journal of World History», 11.1, 2000, pp. 27-56, constrói sobre esta base a sua tese de que o direito comum ‘ibérico’ (que, na verdade, pouco tinha de específico em relação ao restante direito comum seiscentista e setecentista, sobretudo no Sul da Europa) constituiu o principal factor de unificação dos impérios atlânticos de Portugal e da Espanha.

⁽²⁾ Vítor TAU ANZOATEGUI, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del derecho, 1992; v. também Eduardo MARTIRÉ, *Un Derecho Propio de un Derecho Particular, el Derecho Indiano*, a presentado ao Congresso sobre “La pervivencia del Derecho Común” organizado por la Univ. Católica Argentina, publicado en la «Revista de Historia del Derecho», 29, 2001, pp. 333-363.

⁽³⁾ O projecto *Ius Lusitaniae* (www.iuslusitaniae.fchsh.unl.pt), dirigido por Pedro Cardim e Ângela Barreto Xavier, disponibiliza em suporte electrónico, uma boa parte dessa legislação. Outra anda dispersa, até porque nem sempre revestia a forma mais solene, a de carta de lei, consistindo frequentemente em cartas régias, provisões, portarias, alvarás, regimentos, contendo instruções, por vezes dirigidas a uma pessoa em concreto. De facto, para além de tudo, nunca podemos perder de vista que o actual conceito de lei compreende, nas práticas formulares de Antigo Regime, uma vasta pluralidade de tipologias documentais. O próprio Códice Costa Matoso (v. nota seguinte) lista uma séria importante de providências normativas, em geral relativas aos distritos auríferos de Minas (p. 352-370).

vindas da corte indiciam — quando não as referem expressamente — zonas de incumprimento do direito real e, portanto, de existência de um direito próprio.

De seguida, lembraremos os conceitos de direito comum que permitiam que as práticas locais se tornassem direito. Mostraremos, depois, como esta abertura às particularidades locais era política e doutrinalmente antipática ao poder da coroa, quer elas se referissem à metrópole, quer se referissem às colónias. Salientaremos, em todo o caso, como estas virtualidades de diferenciação periférica do direito, embora existissem em todos os lugares das monarquias, eram enormemente potenciadas nas situações ‘de fronteira’, como as colónias. Ao longo do texto, daremos alguns exemplos — quase todos referentes a Minas e provenientes do Códice Costa Matoso (4) — do vigor destas práticas particularistas periféricas que as fontes continuamente referem como divergentes, ou mesmo contrárias, ao direito do Reino.

1. *A autonomia do direito colonial como reflexo do pluralismo do ordenamento jurídico europeu de Antigo Regime.*

Na sociedade europeia medieval e moderna, conviviam diversas ordens jurídicas — o direito comum temporal (basicamente identificável com a doutrina da tradição romanística, incorporada numa mole imensa de textos, invariavelmente escritos em latim, e existentes nas bibliotecas das universidades e dos tribunais europeus), o direito canónico (direito comum em matérias espirituais, obedecendo basicamente à mesma natureza formal) e os direitos dos reinos, constantes, antes do mais, de leis que representavam a vontade do soberano, mas também do direito estabelecido pelos tribunais do Reino (praxe ou estilo dos tribunais).

(4) *Códice Costa Matoso. Coleção das notícias dos primeiros descobrimentos da Minas na América que fez o Doutor [...] Ouvidor-Geral do Ouro Preto, que tomou posse em Fevereiro de 1749*, coord. geral de Luciano Raposo de Almeida Figueiredo e Maria Verónica Campos; estudo crítico de Luciano R. de Almeida Figueiredo, S. Paulo, Biblioteca Mário de Andrade, s/d [?], 2 vols.. Citações ulteriores: CCM.

A esta situação de coexistência de ordens jurídicas diversas no seio do mesmo *ordenamento jurídico* tem-se chamado *pluralismo jurídico* ⁽⁵⁾, que significa, portanto, a coexistência de distintos complexos de normas, com legitimidades e conteúdos distintos, no mesmo espaço social, sem que exista uma regra de conflitos fixa e inequívoca que delimite, de uma forma previsível de antemão, o âmbito de vigência de cada ordem jurídica. Tal situação difere da actual — pelo menos tal como ela é encarada pelo direito oficial —, em que uma ordem jurídica, a estadual, pretende o monopólio da definição de todo o direito, tendo quaisquer outras fontes jurídicas (*v.g.*, o costume ou a jurisprudência) uma legitimidade (e, logo, uma vigência) apenas derivada, ou seja, decorrente de uma determinação da ordem jurídica estadual.

Referimo-nos, no parágrafo anterior, basicamente a três ordens jurídicas: o direito secular comum (tradição romanística), o direito canónico (a tradição canonística) e o direito secular próprio (direito do Reino). Estamos, no entanto, a simplificar muito. Diremos brevemente porquê.

2. *A ambivalência das ordens jurídicas. Divergências doutrinárias.*

O direito comum, quer o secular, quer o eclesiástico, eram quase exclusivamente de origem doutrinária; e, por isso, estavam cheios de controvérsias, de argumentos de sentido diferente, desembocando em soluções contraditórias. Pode dizer-se que o tecido do direito não era feito de regras, mas antes de problemas; para a resolução dos quais os juristas dispunham de fontes contraditórias, logo nos textos de direito romano, e de argumentos de sentidos contrários. A abordagem do caso concreto era, por isso, feita de uma forma tentativa, confrontando o caso com vários argumentos (ou figuras de direito) possíveis, cada um dos quais justificaria uma solução diversa.

⁽⁵⁾ Sobre o tema da arquitectura do ordenamento jurídico medieval, exemplarmente, António Manuel HESPANHA, *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*, ed. bras., Florianópolis, Fundação Boiteux, cap. 6.3. Também, com muito maior detalhe, Paolo GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1995.

Dou um exemplo tirado de uma decisão real (embora aqui algo simplificada), que não é brasileira, embora trate de um assunto com relevância para o Brasil. Se um pai, em testamento, legou uma escrava a um filho e, à data da morte testador, desta tinham nascido cinco filhos, estes fazem parte do legado ou devem ser considerados como incluídos na massa da herança, a dividir pelos herdeiros? A resposta a esta questão depende da qualificação doutrinal que fizermos dos objectos ‘escrava’ e ‘filhos de escrava’. Se estes forem tidos como frutos da coisa legada, não entrarão na herança, de acordo com a regra de direito comum de que os frutos seguem o destino da coisa principal. Se forem considerados como objectos independentes da sua mãe, não se consideram legados e entrarão, por isso, na partilha do remanescente da herança ⁽⁶⁾.

É certo que existia o princípio de que se devia decidir pela opinião comum, incorrendo numa violação deontológica, e até em pecado, o jurista que imprudentemente se afastasse da solução mais frequentemente adoptada ⁽⁷⁾. Porém, apesar de se conceber, assim, a prática (local) como uma ‘ciência digestiva’, a escolha entre soluções diversas, quaisquer delas justificáveis em direito, criava uma grande margem de liberdade na altura de decidir. É isto que alimenta a burocracia judicial ou para-judicial: memoriais jurídicos, litígios judiciais, alegações dos advogados das partes, sentenças contraditórias, recursos ou, puramente, a recusa de obedecer às ordens mais terminantes do monarca ou dos seus oficiais, mesmo de alto nível, com base numa opinião jurídica distinta.

A incerteza do direito não é igualmente boa ou má para todos. Normalmente, serve os mais poderosos, os que têm capacidade de influenciar, de subordinar, de sustentar um litígio durante anos em tribunal ou, pura e simplesmente, de se estribarem no parecer de um letrado por sua conta para desobedecerem ao direito estabelecido. Como um sinal do seu poder de sustentar litígios em tribunal,

⁽⁶⁾ Inspiro-me num caso semelhante (sentença da Casa da Suplicação, de 1673) em Manuel Álvares PEGAS (ed. Luís Álvares Pegas), *Commentaria ad Ordiantiones (Adittiones ad Lib. 1 & 2)*, Ulyssipone, Valentino da Costa Deslandes, 1703, p. 138, n. 36.

⁽⁷⁾ A.M. HESPANHA, *Cultura*, cit., cap. 6.6.2.3..

o abade de um mosteiro do Norte de Portugal (Santa Maria do Bouro) levava consigo, quando viajava, uma mula carregada com todos os processos que tinha pendentes.

É, por isso, com este espírito que devemos ler as queixas, frequentes no Brasil ou em Portugal, sobre a incerteza do direito e a liberdade dos juristas (ou juizes) na sua interpretação. Disso se queixam normalmente os mais fracos ou, por outro razões, os funcionários mais zelosos do interesse da coroa.

Os problemas começavam com a própria interpretação das leis. É que as próprias leis do Reino não estão da salvo deste entendimento de que o direito tem muitas faces, abrindo mais questões do que aquelas que fecha.

O que alguns (mas não outros) querem é, portanto, que haja um norte, uma regra certa, nas interpretações: « Assim como o leme é o governo da embarcação, assim são os despachos para os contadores, e faltando nestes a clareza a respeito das condenações já se põem os contadores a adivinhar, e disto nascem dúvidas causadas pelas interpretações que cada um dá aos despacho, conforme lhe faz mais conta para se lhe diminuir o que se tem contado ou ao menos dilatar a causa, com o pretexto de embargo de erros de contas [...]. Só assim se poderão evitar muitas maldade e ladroeira que fazem, e com muito grande excesso, os oficiais dos contratos e fazenda real » (CCM, I, p. 699). Num papel do povo amotinado de Minas, dirigido ao governador D. Pedro de Almeida Portugal, conde de Assumar, em 1720, reclama-se um « Regimento para os salários [...] de sorte que se forem lá [no Rio] 4 vinténs de prata não duvidem [no Brasil] que sejam de ouro » (CCM, I, 372).

Pode dizer-se que a interpretação distorcida era a tanto legitimação formal como o princípio do abuso aberto dos poderosos locais contra a lei: « querem que os senhores do senado — mais exigem os povos de Minas no papel antes citado — moderem as condenações tão exorbitantes que costumam fazer sem Regimento nem lei [... e ...] requerem mais que nenhum ministro faça vexações ao povo com o seu os despachos violentos, procedendo à prisão e fuga, sem as circunstâncias do direito, e que em tudo se observe com ele a lei do Reino » (CCM, I, p. 373).

3. *A possibilidade de impugnação jurídica das leis régias.*

Mas havia mais motivos de incerteza. É que, até aos meados do séc. XVIII, as próprias leis reais podiam ser embargadas — ou seja, não apenas não obedecidas, mas ainda positivamente impugnadas na sua validade. Os motivos podiam ser vários. Os mais comuns eram, porém, ou a arguição de que o rei estava mal informado ⁽⁸⁾, ou a invocação de que a providencia régia lesava direitos adquiridos. Um exemplo do último tipo foi o que aconteceu, por exemplo, em relação a várias leis que fixaram o regime da capitação do ouro nas Minas Gerais, contestadas pelas câmaras e pelos contratadores, e embargadas por alguns destes ⁽⁹⁾, quer com o fundamento em que eram contra direito ⁽¹⁰⁾, quer ainda com base na irrevogabilidade dos contratos anteriormente firmados pela coroa e que as novas leis viessem alterar. As leis, de facto, não apenas podiam ver recusada a selagem do Chanceler Mor do Reino (*Ord. Fil.*, I, 2) e, portanto, de não poderem valer como leis, as determinações do monarca podiam ser objecto de embargos opostos por particulares que se considerassem prejudicados por elas ⁽¹¹⁾. É justamente por esta época que a admissibilidade de embargos em relação às leis do rei começa a ser considerada como ‘indecente’ na Europa, nomeadamente porque se entende que um monarca iluminado não pode emitir leis contrárias à razão do direito. Mas, os obstáculos da dis-

⁽⁸⁾ Por mera falta ou por ocultamento doloso da verdade (*obrepção e subrepção*, respectivamente). Arguição particularmente adaptada à situação colonial, que o rei não conhecia senão indirectamente, por intermédio de ministros que podiam esconder informações relevantes.

⁽⁹⁾ Cf. embargo contra a lei de 3.12.1750, que fixou a oitava de ouro em 1200 reis, oposto por contratador (CCM, I, 558).

⁽¹⁰⁾ Num papel acerca de como se estabeleceu a capitação nas Minas Gerais, datado de 1749, classifica-se o regime legal como contrário « a todas as disposições das leis e de direito » (CCM, I, p. 492); num outro parecer contra a capitação, de 1751, pode ler-se « da mesma sorte, se consultarmos juristas sobre o ponto da promessa que em 24 de Março de 1734 fizeram os procuradores das câmaras ao Conde das Galveias, prometendo fazer certo o número do cem arrobas em que se funda a sempre veneranda lei, estes hão-de de declarar que este fundamento é contrário às regras de direito [...] ». (CCM, I, 543).

⁽¹¹⁾ A.M. HESPANHA, *História de Portugal moderno. Político e institucional*, Lisboa, Universidade Aberta, p. 286 ss.; ed. brasileira, Florianópolis, Fundação Boiteux.

tância, a distorção da informação, ou o carácter exótico e diferente das colónias, bem poderiam, neste caso, explicar ainda a falta de informação.

3.1. *Contratos, privilégios e normas gerais.*

Esta primazia de contratos e privilégios — a que acabamos de nos referir — sobre as normas gerais — de natureza doutrinal ou da natureza legal — constituía um segundo factor de particularização (localização) do direito. Muito frequentemente, eram concedidos privilégios, por vezes ‘exuberantes’ (como então se dizia) por motivos particulares, por pressão das circunstâncias, por favoritismo os ou em troca de favores — mesmo que fossem favores à coroa, como o auxílio numa situação de apuro militar ou financeiro. Também muitos contratos eram celebrados pelas mesmas razões. Mais tarde, quando se queria proceder à emenda dos erros políticos, quando o governador era substituído por um outro mais rigoroso, ou quando a coroa, como sucedeu por volta de 1750 em Minas Gerais, queria dar uma nova ordem à administração, já as situações a sanear estavam consolidadas por privilégios ou contratos passados. E, então, a doutrina era implacável. Como se escreve num memorial, de 1751, contra a obrigação de os contratadores pagarem as somas do contrato em ouro quintado: « são os contratos dos príncipes leis, e suas condições tem tanta eficácia que os mesmos príncipes contraentes não podem encontrar nem modificar o que neles prometeram e estipularam, e neles nada pode inovar-se. E quando não é lícita qualquer alteração ao príncipe no seu contrato, menos é facultado a qualquer dos seus subalternos » (CCM, I, 570-571). Qualquer que fosse o resultado final, a dúvida sobre a prevalência entre contrato e lei permitia decisões diversas. Neste caso concreto, as primeiras decisões, do « doutor Procurador da coroa » de Vila Rica dão razão ao contratador ⁽¹²⁾. Só a intervenção de uma junta *ad hoc*, nomeada pelo governador, reverte a decisão. Embora

⁽¹²⁾ Porém, uma junta nomeada pelo Governador e Capitão Geral da Capitania de Minas, decide o contrário, contra este e outros rendeiros, ridicularizando, *en passant*, a decisão do procurador da coroa local; 1751, cf. CCM, I, 604 e seguintes.

um recurso para a justiça ordinária dos tribunais superiores da colónia ou do Reino pudesse inverter de novo o sentido do direito.

3.2. *A criação de normas particulares: costumes, graça e privilégio.*

Um outro factor de autonomia do direito da colónia reside no modelo de relação entre direito geral e direito particular que a modelava a ordem jurídica de Antigo Regime.

Abaixo do plano do reino, proliferavam as ordens jurídicas particulares, todas elas protegidas pela regra da preferência do particular sobre o geral. Por exemplo, as normas que protegiam os estatutos (ou direitos das comunas, cidades, municípios), considerando-os, nos termos da lei ‘*mnes populi*’⁽¹³⁾, como *ius civile* («*dicitur ius civile quod unaqueque civitas sibi constituit*» [«*diz-se direito civil o que cada cidade institui para si*»]), Odofredo, século XII), ou seja, com dignidade igual à do direito de Roma. Ou as que protegiam o costume (nomeadamente, o costume local), cujo valor é equiparado ao da lei («*também aquilo que é provado por longo costume e que se observa por muitos anos, como se constituísse um acordo tácito dos cidadãos, se deve observar tanto como aquilo que está escrito*», D.,1,3,34; v. também os frags. 33 a 36 do mesmo título)⁽¹⁴⁾. Ou, finalmente, o regime de protecção dos privilégios, que impedia a sua revogação por lei geral sem expressa referência; ou mesmo a sua irrevogabilidade pura e simples, sempre que se tratasse de privilégios concedidos contratualmente ou em remuneração de serviços («*privilegia remuneratoria*»)⁽¹⁵⁾. Ou seja, em todos estes casos, ainda que as normas particulares não pudessem valer contra o direito comum do reino enquanto manifestação de um poder político, podiam derogá-lo enquanto manifestação de um direito especial, válido no âmbito da jurisdição dos corpos de

(13) Cf. António Manuel HESPANHA, *Cultura*, cit., cap. 6.3.

(14) «*Lex est sanctio sancta, sed consuetudo est sanctio sanctor, et ubi consuetudo loquitur, lex manet sopita*» [a lei é uma sanção santa, mas o costume ainda é mais santo, e onde fala o costume, cala-se a lei] (*Consuetudines amalfitenses*); Hespânia, 1989, 291 ss.

(15) Cf. António Manuel HESPANHA, *Cultura*, cit., *ibid.*

que provinham. E, nessa medida, eram intocáveis. Pois decorrendo estes corpos da natureza, a sua capacidade de autogoverno e de edição de direito era natural e impunha-se, assim, ao próprio poder político mais eminente.

3.3. *Direito estrito e ordens normativas próximas. Fundamentos doutrinários.*

A razão da preferência outorgada às normas individuais sobre as normas gerais relaciona-se também com a estrutura mais profunda do sistema de direito comum. O fundamento do direito era, para a visão medieval do mundo, a ordem, um dom gratuito de Deus. Porém, a ordem mantinha-se, antes de mais, pela existência de forças íntimas que atraem as coisas umas para as outras, de acordo com as suas simpatias naturais (*amores, affectiones*) transformando a criação numa rede gigantesca de simbioses ou empatias. Numa *quaestio* sobre o amor (*Sum. theol, IIa. IIae, q. 26, a. 3, resp*), S. Tomás define o amor como o (plural, diverso) afecto das coisas, sublinhando que estes afectos se exprimem através de diferentes níveis de sensibilidade (intelectual, racional, animal ou natural). Isto explica, desde logo, a proximidade e estreita relação entre mecanismos disciplinares que hoje são vistos como muito distantes (direito, religião, amor e amizade). Para os níveis mais elevados — e menos externos — da ordem, existem mecanismos mais subtis, como a fé ou as virtudes, que disparam sentimentos também ordenadores (de amizade, de liberalidade, de gratidão, de sentido de honra, de vergonha). Num certo sentido, estes mecanismos estão ainda mais próximos da justiça, como virtude que « dá a cada um o que é seu » (*ius suum cuique tribuit*), ou do direito natural, como aquele que a natureza ou Deus ensinaram a cada animal (*quod Natura [gl. id est Deus] omnia animalia docuit*). É por isto que os teólogos e os juristas definem este conjunto de deveres de amor, de amizade, de gratidão como « como que legais » (*quasi legali*), comendo também aos juristas a sua guarda destes.

Todos estes amores criavam, de facto, obrigações. E a estas ainda se podiam acrescentar as que surgiam da religião (ou seja, do amor para com Deus e, através dele, para com todas as suas criatu-

ras, animais, plantas e entes inanimados incluídos). Bem como as afeições que Deus imprimiu nas nossas mentes (affectos intellectuales) ou nos nossos desejos (affectos sensitivos).

Em alguns casos, estas ordens normativas supra-jurídicas temperavam o rigor da ordem civil (como no caso do adequação do direito civil às posições mais maleáveis da *aequitas canonica*; ou no caso dos juízes criminais, que tinham que compensar a ferocidade da lei penal (*rigor legis*) com a misericórdia (*miseriordia*). Noutros casos, como no da ordem doméstica, as normas decorriam da própria ‘natureza’ (*natura, honestas*), sendo transcritas para o corpo do direito os comandos contidos no ‘direito do corpo’ (na sexualidade, na feminilidade, na masculinidade): a fraqueza, a indignidade e a maldade das mulheres; a natureza da sexualidade humana (monogâmica, hetero, vaginal: *vir cum foemina, recto vaso, recta positio*); a natureza da comunidade doméstica (unitária, patriarcal). Como a família não era a única instituição natural, outras relações humanas tinham pretensões ‘naturais’ em relação ao direito; mesmo aquelas instituições que a cultura actual considera como perfeitamente arbitrarias e disponíveis, como os contratos. O conceito cunhado para exprimir estas normas implícitas e forçosas contidas em certos tipos de relações era o de ‘natureza dos contratos’ (*natura contractus*) ou de ‘vestes’ dos pactos (*vestimenta pacti*, como que dizendo que, sem certos atributos formais, os acordos [nús] não podiam valer).

Esta necessidade e possibilidade de transcrever normas de uma ordem na outra tornava-se possível pela existência de conceitos genéricos que serviam como que de ‘canais de comunicação’ entre elas. Entre a ordem política e o direito, as importações e exportações faziam-se através de canais como a utilidade pública (*publica utilitas*), bem comum (*bonum communem*), poder absoluto ou extraordinário (*absoluta vel extraordinaria potestas*), posse de estado (*possessio status*); direitos adquiridos (*iura quaesita*), estabilidade das decisões jurídicas (*stare decisis*), razão jurídica (*ratio iuris*) (16).

(16) Ou seja, valores políticos eram transformados em valores jurídicos porque o direito permitia que valores externos fossem recebidos em nome de conceitos genéricos [vazios, indeterminados], como ‘utilidade pública’, ‘bem comum’; ou porque o di-

Como as hierarquias entre as diferentes ordens normativas eram sensíveis ao contexto (*case-sensitive*) e os modelos de transferência (ou transcrição) não eram fixos, o resultado era uma ordem entrecruzada e móvel, cujas particularizações não podiam ser antecipadamente previstas. É a isto que se pode chamar a ‘geometria variável’ do direito comum (*ius commune*). Em vez de um sistema fechado de níveis normativos, cujas relações estavam definidas uma vez por todas (como os sistemas de fontes de direito do legalismo contemporâneo), o direito comum constituía uma constelação aberta e flexível de ordens cuja arquitectura só podia ser fixada em face de um caso concreto (17).

Nesta constelação, cada ordem normativa (com as suas soluções ou seus princípios gerais: *instituta, dogmata, rationes*) era apenas um tópico heurístico (ou perspectiva) cuja eficiência (na construção do consenso comunitário) havia de ser posta à prova. Daí que coubesse ao juiz fornecer um solução arbitrária (18) em torno da qual a harmonia pudesse ser encontrada (*interpretatio in dubio est faciendam ad evitandam correctionem, contrarietatem, repugnantiam*) (19).

4. *Flexibilidade do direito em função da graça.*

A flexibilidade jurídica não decorria apenas da pluralidade de ordens normativas e do carácter aberto e casuístico da sua hierarquização.

Resultava também da ideia de que o território do direito era

reito reconhecia como jurídicos os valores já admitidos pelos dados da vida social (‘posse de estado’); ou ainda porque o direito incorporava os comandos de uma razão natural acerca das relações humanas.

(17) Ao contrário do que Lauren BENTON, *The Legal Regime of the South Atlantic World*, cit., parece insinuar, esta flexibilidade do direito da época moderna não se relaciona com particularidades ibéricas, relacionadas com contactos inter-étnicos mais estreitos (com mouros e judeus, nomeadamente), mas com a estrutura do *ius commune*, de que os direitos português e castelhano participavam. Já Gilberto Freyre insistira neste tópico.

(18) « Arbitrium iudex relinquitur quod in iure definitum non est ».

(19) Cf. António Manuel HESPANHA, *Cultura*, cit.

uma espécie de ‘jardim suspenso’, entre os céus e a vida quotidiana. Entre o domínio sobrenatural da religião e o domínio das normas jurídicas terrenas.

Na verdade, as normas jurídicas, as máximas doutrinárias e as decisões judiciais constituíam as regras da vida quotidiana. Normalmente, cumpriam bem o seu papel. No entanto, elas não constituíam o critério último de normação.

Passava-se com o direito o que se passava com a natureza. Tal como a lei que Deus imprimira na natureza (*causae secundae* [causas segundas], *natura rerum* [natureza das coisas]) para os seres não humanos, também o direito positivado (nas instituições, nos costumes, na lei, na doutrina comum) instituíra uma ordem razoavelmente boa e justa para as coisas humanas. No entanto, acima da lei da natureza, tal como acima do direito positivo, existia a suprema, embora frequentemente misteriosa e inexprimível, ordem da Graça, intimamente ligada à própria divindade (*causa prima, causa incausata*).

No nível político-constitucional, os actos incausados (como as leis ou os actos de graça do príncipe), alterando a ordem estabelecida, são, por isso, prerrogativas extraordinárias e muito exclusivas dos vigários de Deus na Terra — os príncipes. Usando este poder extraordinário (*extraordinaria potestas*), eles imitam a Graça de Deus, fazendo como que milagres. Como fontes dessa graça terrena, introduzem uma flexibilidade quase divina na ordem humana ⁽²⁰⁾.

Como senhores da graça, os príncipes:

Criam novas normas (*potestas legislativa*) ou revogam as antigas (*potestas revocatoria*);

Tornam pontualmente ineficazes normas existentes (dispensa da lei, *dispensatio legis*);

Modificam a natureza das coisas humanas (*v.g.*, emancipando menores, legitimando bastardos, concedendo nobreza a plebeus, perdoando penas);

⁽²⁰⁾ Cf. António Manuel HESPANHA, *Les autres raisons de la politique. L'économie de la grâce* (versão castelhana em *La gracia del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

Modificam e redefinem o ‘seu’ de cada um (*v.g.*, concedendo prémios ou mercês).

De certo modo, esta prerrogativa constitui a face mais visível do poder taumatúrgico dos reis, a que a tradição europeia tanto recorre. Teorizando esta actividade ‘livre e absoluta’ dos reis, João Salgado de Araújo, um jurista português dos meados do séc. XVII, usa expressamente a palavra « milagre » (João Salgado de Araújo, *Ley regia de Portugal*, Madrid, 1627), enquanto que outro declara que o príncipe, através da graça, « pode transformar quadrados em círculos » (*mutare quadratos rotundis*, cf. Manuel Álvares Pegas, *Commentaria ad Ordinationes*, t. IX, p. 308, n. 85.), na sequência de fórmulas que vêm dos primeiros juristas medievais que discutiram os poderes dos papas e dos reis.

No entanto, esta passagem do mundo da Justiça para o mundo da Graça não nos introduz num mundo de absoluta flexibilidade. Por um lado, a graça é um acto livre e absoluto (*i.e.*, como se diz do poder absoluto ou pleno do rei: *plenitudo potestatis, seu arbitrio, nulli necessitate subjecta, nullisque juris publicis limitata* [um poder ou vontade absolutos, livre de qualquer necessidade, não limitado por quaisquer vínculos do direito público], *Cod. Just.*, 3, 34, 2). Mas, por outro lado, a graça não é uma decisão arbitrária, pois tem que corresponder a uma causa justa e elevada (*salus & utilitas publica, necessitas, aut justitiae ratio*). Nem isenta da observância da equidade, da boa fé e da recta razão (« *aequitate, recta ratio [...], pietate, honestitate, & fidei data* »), nem do dever de indemnizar por prejuízos colaterais causados a terceiros. Em contrapartida, pode tornar-se como que ‘devida’, em face de actos também gratuitos (favores, serviços) que os vassallos tenham feito ao rei, e que, assim, forçavam os reis à atribuição de recompensas ou mercês.

Como a graça não é o puro arbítrio e antes configura um nível mais elevado da ordem, a *potestas extraordinaria* dos príncipes aparece, não como uma violação da justiça, mas antes como uma sua versão ainda mais sublime. Para Salgado de Araújo (*Ley regia de Portugal*, Madrid, 1627, 46), o governo por estes meios extraordinários da graça — ou seja, tirado fora dos mecanismos jurídico-administrativos ordinários — representa uma forma última e eminentemente real de realizar a justiça, sempre que esta não pudesse ser obtida pelos meios ordinários.

Este tipo de flexibilidade correspondia, portanto, à existência de vários e sucessivos níveis de ordem. Quanto mais elevados eles estivessem, tanto mais escondidos, inexplicitáveis e não generalizáveis seriam. A flexibilidade era, então, a marca da insuficiência humana para esgotar, pelo menos por meios racionais e explicáveis, o todo da ordem da natureza e da humanidade.

Apesar da distância, a graça também chegava a Minas.

Por vezes a do rei, directamente ou por intermédio do vice-rei, concedendo mercês ou perdoadando. Logo desde o início, a história de Minas é a história de um perdão, o de Manuel Borba Gato que, a troco da indicação do lugar de novas minas, foi provisoriamente perdoado (1699), em nome do rei, pelo Governador do Rio, Artur de Sá e Menezes, quanto à acusação de morte de um anterior governador (« Com demonstrações de grande gosto, o levantou nos braços Artur de Sá e prometeu, em nome de Sua Majestade, o perdão se, com efeito, desse ao manifesto tal descobrimento (das minas) e então [... iria ...] dar contra a Sua Majestade do perdão que prometera em seu nome em recompensa do serviço que aquele vasalo fizera com aqueles descobrimentos, para que, ao mesmo tempo que desse o perdão, achasse merecimentos para aquela e mais Mercedes [...] deu conta Artur de Sá a Sua Majestade do perdão que, em seu nome, prometera de Manuel de Borba Gato pela morte de D. Rodrigo [...] confirmou Sua Majestade o perdão e fez-lhe mais a mercê da patente de tenente-general de uma das praças marítimas que primeiro vagasse, segundo as lembranças. Já sossegado, livre e premiado de generosa mão do rei D. Pedro II, o nosso tenente-general Manuel de Borba Gato mandou vir a sua família para o Rio das Velhas e dois genros que tinha, naturais da Ilha de São Miguel, António Tavares e Francisco de Arruda. E estes tiraram tanto cabedal que em poucos anos se passaram à Pátria e fundaram, cada um, seu Morgado, e vivem regalados com os mimos e fertilidade da Pátria » (CCM, I, 10-191). A graça régia — sob a forma de alterações na administração e, sobretudo, perdão de faltas — recorre também o povo de Vila Rica, vindo amotinado à presença do governador de S. Paulo e Minas, em 1720 (CCM, I, 370 ss.).

Mas também Minas se sabia que a liberalidade ou graça era uma arma de dois gumes, desencadeando uma espiral de deveres a que nem todos queriam estar sujeitos. A história do paulista Garcia

Rodrigues, contada no *Diário da jornada fez ouvidor Caetano da Costa Matoso para minas gerais* (CCM, I, 882) é significativo: « [o rei D. Pedro II] também [lhe] mercê do ofício de guarda mor das minas, que ele não cria a aceitar dizendo arrogantemente que não queria que el-rei lhe fizesse mercê porque ele é que as queria fazer a el-rei, e levado desta mesma elevação de paulista deu a el-rei passagem destes dois rios que no princípio mandava fazer pelos seus escravos, sem emolumento, e ofereceu a el-rei dizendo podia fazer nela um bom rendimento » (*ibid*, p. 889). Neste caso, porventura, Garcia Rodrigues era apenas um paulista arrogante e pouco interessado em se prender a um cargo que o obrigaria a dividir fidelidades entre a comunidade quase independente dos seus patrícios e o poder longínquo e tendencialmente invasivo do rei, um poder que, no interior de São Paulo, era quase sinónimo de não poder⁽²¹⁾. Mas, noutros casos, o cálculo dos custos e benefícios que o aceitar de uma mercê podia causar era uma medida de elementar prudência.

A graça era apanágio dos poderes supremos, imediatos a Deus — o do Rei e o do Papa. Em alguns casos podiam ser por estes delegados. Era o que acontecia na dada ou na apresentação dos ofícios. Como em todos os casos da delegação de poderes privativos, esta devia ser expressa e constar de carta régia ou de regimento. Neste caso dos ofícios, a periferização do poder manifestava-se ou pela usurpação por entidades locais (Câmaras, funcionários subalternos ou mesmo particulares) da faculdade de os conceder ou pela consolidação, nos titulares dos ofícios, do poder de os transmitir, em serventia (por arrendamento), por deixa testamentária ou mesmo por venda. Também no Reino encontramos sinais desta usurpação do poder real relativa aos ofícios, com a criação de costumes *contra legem* que punham na mão de outras entidades esta importante graça que era a sua concessão. O arrendamento e a

(21) « E pegando o secretário de Estado na lista delas [vilas e cidades do domínio real], foi nomeando as que se ofereceram; e chegando a de São Paulo, passou por alto [...] porque, Senhor, aquelas vilas não são de Vossa Majestade, pois se fossem, obedeceriam aos decretos que Vossa Majestade mandou expedir para todas as partes para que corresse as patacas castelhanas a peso [...] e sendo em todas obedecido, nesta foi desprezado » (CCM, I, 188-189).

deixa a filhos estavam instituídos por costume, contra o qual se reage energeticamente no reinado de D. José (leis contra o direito consuetudinário dos ofícios). Na colónia, estes fenómenos parecem ser muito frequentes, tanto no secular, como no espiritual. Segundo o ouvidor da comarca de Vila Rica (c. 1753), o bispo de Mariana permitia todos os abusos aos seus oficiais no que respeitava à admissão de ordenandos, « por se admitirem todos sem escolha nem eleição, e alguns com um escândalo do bispado, por ser público e sabido terem impedimentos *animis et corporis* e só não se admitem mulatos » (CCM, I, 728). Mas, mais do que isso, provia os ofícios cuja apresentação competiria ao rei como grão-mestre da Ordem de Cristo, cobrando, e com demasia, as respectivas pensões (*ibid*, I, 740).

4.1. *A extensão do arbítrio (julgamento de equidade) dos magistrados. Magistrados interesses locais.*

A equidade era um outro factor de flexibilidade do direito. A discussão sobre a equidade foi longa na tradição jurídica europeia ⁽²²⁾, relacionando-se com várias questões.

No séc. XII, Graciano ligou esta questão à da legitimidade dos privilégios, *i.e.*, normas singulares que se opunham à norma geral: « Por isso, concluímos do que antecede que a Santa Madre Igreja pode manter a alguns os seus privilégios e, mesmo contra os decretos gerais, conceder benefícios especiais, considerada a equidade da razão, a qual é a mãe da justiça, em nada diferindo desta. Como, por exemplo, os privilégios concedidos por causa da religião, da necessidade, ou para manifestar a graça, já que eles não prejudicam ninguém » (*Decretum de Graciano*, II, C. 25, q. 1, c. 16).

A equidade aparece aqui como uma ‘justiça especial’, não geral e não igual, mas mais perfeita do que a justiça igual (da qual a equidade seria a mãe).

Um passo suplementar e mais elaborado é dado por S. Tomás, na sua discussão sobre equidade e justiça (*Summa theologica*,

(22) Cf. António Manuel HESPAÑA, *Cultura*, cit., cap. 6.3., e bibliografia aí citada.

IIa.IIae, qu. 80, art. 1). Ou seja, ao passo que a justiça geral era o produto de uma forma menos refinada e profunda de conhecimento, a justiça particular (ou equidade) decorria dessa forma superior de entendimento das coisas que alcançava níveis superiores e mais escondidos da ordem do mundo — a *gnome*.

No Antigo Regime, esta ideia de percepções não racionais, não discursivas e não generalizáveis, nos níveis supremos da ordem, estavam na base de da teoria do direito concebida como uma teoria argumentativa, da verdade jurídica como uma verdade ‘aberta’ e ‘provisória’, da teoria do poder de criação jurídica dos juízes (*arbitrium iudicis*), bem como da legitimidade das decisões de equidade, baseadas num conhecimento mais perfeito, nomeadamente dos particulares das situações. Nada que melhor conviesse aos magistrados coloniais que tinham na sua frente casos que, para além de serem particulares, o eram ainda em virtude das próprias condições excepcionais da colónia.

O número seguinte aborda, justamente, o impacto que tem sobre o direito comum a ideia de particularismo das situações locais.

5. *A lei geral cede a abusos que, pela repetição, se transformam em práticas e costumes locais.*

O facto de provirem da razão não garantia às normas de direito comum uma vigência *superior*, pois da mesma razão decorria a facultade de cada cidade ou de cada nação de corrigir ou adaptar, em face da sua situação concreta, o princípio estabelecido em geral pela razão. Pois, embora a razão natural tivesse em vista aquilo que resulta justo na generalidade dos casos, a realidade seria tão multi-forme ⁽²³⁾ que bem se podia conceber que alguma utilidade particular exigisse a correcção da norma geral (D.,1,2,16: « o direito singular é aquele que foi introduzido pela autoridade do legislador, tendo em vista alguma utilidade particular, contra o teor da ra-

⁽²³⁾ « Plures sunt casus quam leges » (os casos da vida são mais do que as leis); « nem as leis nem os senatusconsultos podem ser redigidos de forma a compreender todos os casos que alguma vez ocorram; basta que contenham aqueles que ocorrem o mais das vezes », pode ler-se em D.,1,2,10.

ção »). Assim, o direito comum vigoraria apenas para os casos em que um direito particular não o tivesse afastado; ou seja, como *direito subsidiário*; de acordo com um princípio segundo o qual « as regras do direito [comum] não podem ser seguidas naqueles domínios em que foi estabelecida [por um direito particular] uma contradição com a razão do direito », D.,1,2,15).

Assim, a teoria que o direito comum criou sobre as suas relações com os direitos particulares não deixa de ser muito favorável a estes últimos.

5.1. *Direitos dos corpos inferiores.*

Desde o século XI que os direitos dos reinos pretendem, no domínio territorial da jurisdição real, uma validade absoluta, semelhante à do direito do Império (*rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator* [o rei que não reconhece superior é imperador no seu reino], Azo, Guilherme Durante), definindo-se como « direito comum do reino ». O fundamento doutrinal desta ideia pode encontrar-se num texto do Digesto que afirma que « o que agrada ao príncipe tem o valor de lei; na medida em que pela *Lei regia*, que foi concedida ao príncipe sobre o seu poder político [*imperium*], o povo lhe conferiu todo o seu poder e autoridade », D.,1,4,1).

Sendo, portanto, *comum*, o direito do reino continha, tal como o *ius commune*, uma *ratio iuris* que vigorava no seu seio⁽²⁴⁾ e da qual se podiam extrair consequências normativas, com o que adquiria alguma da força expansiva do direito comum imperial. Note-se, porém, que a estreita relação entre o direito dos reinos e o poder real fazia com que nas relações entre o direito real e os direitos locais inferiores vigorassem normas que não funcionavam nas relações entre direitos próprios e *ius commune*, já que a supremacia deste último não decorria da superioridade política, mas do seu enraizamento na natureza. Assim, a supremacia do poder real sobre os súbditos (*superioritas iurisdictionis*, superioridade quanto à juris-

⁽²⁴⁾ Que, em todo o caso, não anulava a *ratio iuris communis*, que permanecia como critério superior (*ius naturale*).

dição) traduzia-se numa máxima que não podia valer nas relações entre o *ius commune* e os *iura propria* — a de que « a lei inferior não pode impor-se à lei superior » (« *lex superior derogat legi inferiori* », a lei superior derroga a inferior; « *inferior non potest tollere legem superioris* », o inferior não pode derrogar a lei do superior), tal como o inferior não pode limitar o poder do superior. Assim, o direito do reino é, politicamente, supra-ordenado aos direitos emanados de poderes inferiores do reino, o que não acontecia com o *ius commune* em relação aos *iura propria*.

Porém, esta supra-ordenação em termos políticos não exclui a acima referida preferência do especial em relação ao geral. Sendo o direito do rei o direito comum do reino, valem em relação a ele as mesmas regras que valiam quanto ao *ius commune* nas suas relações com os direitos próprios. E, assim, a afirmação da supremacia política não excluía que, desde que esta não estivesse em causa, pudessem valer dentro do reino, nos seus respectivos âmbitos, direitos especiais de corpos políticos de natureza territorial ou pessoal. A salvaguarda da supremacia política do rei seria garantida, então, por um *princípio de especialidade*, segundo o qual a capacidade normativa dos corpos inferiores não podia ultrapassar o âmbito do seu autogoverno ⁽²⁵⁾.

Esta prevalência dos direitos particulares dos corpos tinha um apoio no direito romano. De facto, a ‘lei’ *Omnes populi*, do Digesto (D., I,1,9) reconhecia que « todos os povos usam de um direito que em parte lhes é próprio, em parte comum a todo o género humano ». Apesar de a primeira geração de legistas ter sido muito prudente em retirar daqui um argumento em favor da supremacia dos direitos comunais, o célebre jurista Baldo degli Ubaldi encontrou justificação teórica robusta para que a validade autónoma do direito local: « *Populi sunt de iure gentium, ergo regimen populi est de iure gentium: sed regimen non pot est esse sine legibus et statutis, ergo eo ipso quod populus habet esse, habet per consequens regimen in suo esse, sicut omne animal regitur a proprio spi-*

⁽²⁵⁾ Para além de se reconhecer que todo o súbdito, mesmo integrado num corpo jurídico inferior, tinha o direito de apelar para o rei, caso se sentisse injustiçado; mas o rei teria que decidir de acordo com o direito corporativo desse súbdito.

ritu et anima » (26) (« os povos existem por direito das gentes [i.e., natural] e o seu governo tem origem no direito das gentes; como o governo não pode existir sem leis e estatutos [i.e., leis particulares], o próprio facto de um povo existir tem como consequência que existe um governo nele mesmo, tal como o animal se rege pelo seu próprio espírito e alma »).

A situação americana prestava-se a esta invocação do poder das comunidades locais, ecológica e humanamente tão distanciadas da metrópole, para gerarem um direito próprio, eventualmente contrário ao do reino. A lonjura dos espaços, com a capacidade de fuga que ela conferia e com o esbater das próprias situações jurídicas e consequente dificuldade da sua prova ou acerto, é um tópico corrente.

Citações judiciais não se faziam nem « nas vilas e menos a irem-nas fazer fora [...], de mais que na América [os porteiros que deviam fazer as citações, por nunca encontrarem as pessoas a citar] somente são pregoeiros » (cf. CCM, I, 699). Não havendo citações, não há processo; e não havendo processo, não há direito oficial. Os oficiais de justiça, invocando o particularismo da terra e, nomeadamente, o trabalho que lhes dão a contumácia e rebeldia das partes, recusam que se lhes taxem os emolumentos (cf. CCM, I, 704). No eclesiástico, os habitantes, « ainda que façam danos ou roubos, não fazem caso da excomunhão e outros não lhe chega a notícia pelas distâncias do país » (CCM, I, 727); « os que se deixam excomungar fogem e mudam de terras sem buscar absolvição » (CCM, I, 727). O mesmo se passa com « os declarados que faltam ao preceito da Quaresma [...] fogem e se retiram para outros países e não têm domicílio certo, não cuidam em absolver-se nem tirar mandados para isso » (CCM, I, 734). A prova do estado de solteiro ou de outros elementos para se poder casar é tão difícil, que a maior parte dos noivos pedem esperas para prova, que acabam por nunca fazer (cf. CCM, I, 732).

Ou seja, tal como entre os rústicos europeus, o direito estrito não pode valer aqui. E, não valendo o direito oficial, proliferam práticas locais, a que os magistrados reais chamam de abusos, mas

(26) In Dig. Vet., I, 1, *de iust et iure*, 9, n. 4.

que, na realidade, constituem o direito da colónia, pelo menos nestas mais remotas paragens.

6. *Direito comum e ordem jurídica colonial.*

A tese esboçada nos números anteriores não é a de que foi a estrutura do direito comum que provocou o particularismo das ordens jurídicas periféricas, nomeadamente da ordem jurídica colonial brasileira. Este é, sem dúvida, o produto da dinâmica de factores locais, de ordem geográfica, ecológica, humana e política. No entanto, o modelo de ordenamento jurídico proposto pelo direito comum europeu não punha grandes obstáculos doutrinários às tensões centrífugas da realidade colonial. Pelo contrário, fornecia uma série de princípios doutrinários e de modelos de funcionamento normativo que se acomodavam bem a uma situação como a do sertão brasileiro.

Na verdade, na arquitectura do *ius commune*, a primeira preocupação não é reduzir à unidade a pluralidade de pontos de vista normativos. A primeira preocupação é torná-los harmónicos, sem que isso implique que alguns deles devam ser absolutamente sacrificados aos outros (« *interpretatio in dubio facienda est ad evitandam correctionem, contrarietatem, repugnantiam* », a interpretação deve ser feita, em caso de dúvida, no sentido de evitar a correcção [de umas normas pelas outras], a contradição, a repugnância). Pelo contrário, todas as normas devem valer integralmente, umas nuns casos, outras nos outros. Assim, cada norma acaba por funcionar, afinal, como *uma perspectiva* de resolução do caso, mais forte ou mais fraca segundo essa norma tenha uma hierarquia mais ou menos elevada, mas, sobretudo, segundo ela se adapte melhor ao caso ou à situação em exame⁽²⁷⁾. Ou seja, as normas funcionam como ‘sedes de argumentos’ (*topoi, loci*), como apoios provisórios de solução; que, no decurso da discussão em torno da solução, irão ser

(27) Sobre a estratégia casuística, v., Com especial referência às colónias espanholas da América, a límpida exposição de TAU ANZOATEGUI, *Casuismo y sistema*, cit.

admitidos ou não, segundo a aceitabilidade da via de solução que abrem.

A regra mais geral de conflitos no seio desta ordem jurídica pluralista não é, assim, uma regra formal e sistemática que hierarquize as diversas fontes do direito, mas antes o *arbitrio do juiz na apreciação dos casos concretos* (« *arbitrium iudex relinquitur quod in iure definitum non est* », *fica ao arbitrio do juiz aquilo que não está definido pelo direito*). É ele que, caso a caso, ponderando as consequências respectivas, decidirá do equilíbrio entre as várias normas disponíveis. Este arbitrio é, no entanto, guiado. Pelos princípios gerais a que já nos referimos. Mas, sobretudo, pelos usos do lugar ao decidir questões semelhantes (no caso de decisões judiciais, *stylus curiae*), usos que, assim, se vêm a transformar num elemento decisivo de deste direito pluralista.

Como o governar estava, nesta época, muito próximo do julgar, tudo o que se disse sobre a teoria do juízo (*iudicium*) vale também para a teoria do governo (*regimen*), explicando este estilo do governar — sincopado, contraditório, experimental, tantas vezes pactício ou complacente com o abuso, que alterna as bravatas com a mais miseranda rendição — da coroa portuguesa no Brasil.

PAOLO GROSSI

CODE CIVIL: UNA FONTE NOVISSIMA
PER LA NUOVA CIVILTÀ GIURIDICA (*)

1. Qualche parola esplicativa sulla intitolazione. — 2. La maturità di tempi del *Code Civil* e le forze storiche caratterizzanti: l'illuminismo giuridico. — 3. La maturità di tempi del *Code Civil* e le forze storiche caratterizzanti: la Rivoluzione francese. — 4. Verso il *Code Civil*: dal giusnaturalismo al giuspositivismo. — 5. Il *Code Civil* tra rivoluzione giacobina e restaurazione napoleonica. — 6. Il *Code Civil* e la sua novità rispetto alle consolidazioni precedenti. — 7. Il *Code Civil* e i suoi presupposti novissimi: soggetti e beni. — 8. Il *Code Civil*: una fonte che rompe con il passato. — 9. Sulla pretesa continuità fra *Code Civil* e tradizione giuridica dell'*ancien droit*: la ri-fondazione delle fonti di diritto. — 10. Sulla pretesa continuità fra *Code Civil* e tradizione giuridica dell'*ancien droit*: la struttura architettonica e le pietre angolari. — 11. Qualche conclusione e anche qualche cautela metodologica per lo storico del diritto.

1. *Qualche parola esplicativa sulla intitolazione.*

È palese che nel titolo della nostra Relazione viene fortemente sottolineata la novità quale carattere saliente del 'Code Civil': una fonte *novissima* ben incastonata in una *nuova* civiltà giuridica e di essa fedelmente espressiva. Anche se motivazioni e giustificazioni di questa scelta saranno fornite — spero adeguatamente — nel corso della Relazione, è opportuno sin da ora chiarirne un primo significato; il che varrà anche a introdurci ottimamente all'interno del nostro tema.

V'è al di sotto della intitolazione una venatura — se non pro-

(*) Si pubblica qui la Relazione tenuta il 20 dicembre 2004, presso la Accademia Nazionale dei Lincei, in seno al Convegno « Il bicentenario del Codice Napoleonico » organizzato dalla stessa Accademia.

vocatoria — però scopertamente polemica verso atteggiamenti che chiamerei continuistici, atteggiamenti risalenti riaffiorati però assai recentemente con il solo scopo, a nostro avviso, di cavalcare il mal-fido destriero della smania di originalità, atteggiamenti che, stemperando la tipicità del ‘Code Civil’, impediscono soprattutto di coglierne la precisa cifra storica.

Forniamo qui un solo esempio risalente, testimoniàtoci da un volume a carattere prevalentemente descrittivo, redatto quasi quaranta anni fa e allora assai circolante, in cui uno storico belga del diritto, il Vanderlinden, più antropologo ed etnologo che storico come era costume diffuso della storiografia giuridica belga ⁽¹⁾, qualificando « le code phénomène de la vie juridique », affastellava insieme Napoleone con Hammurabi, remoto e mitizzatissimo legislatore delle origini ⁽²⁾. Il che è profondamente esatto e profondamente sbagliato allo stesso tempo.

Se, infatti, assumiamo una nozione generica e metastorica di Codice, ricomprendendovi ogni attività fissatoria e sistematoria di una branca del diritto da parte dell’investito del potere supremo, possiamo tranquillamente mettere assieme in una catena continua Hammurabi, Teodosio II, Giustiniano I, Gregorio IX, Luigi XIV, Federico II e Napoleone, promotori e formalmente autori — tutti — di riorganizzazioni delle fonti in un determinato momento storico e che possiamo anche chiamare codificazioni in un significato lato e generico.

Con una immediata precisazione, secondo noi assolutamente necessaria sul piano di una corretta diagnosi storico-giuridica: che queste cosiddette codificazioni molto poco hanno a che vedere con quel modello nuovo di risolvere il problema delle fonti rappresentato, per la prima volta in maniera compiuta, dalla grande codificazione napoleonica.

La forma ‘codice’ progettata e realizzata in Francia negli anni

⁽¹⁾ Viene alla mente R. DEKKERS, *Le droit privé des peuples - Caractères, destinées, dominantes*, Bruxelles, Librairie Encyclopedique, 1953 e l’impostazione tradizionale della belga ‘Société Jean Bodin pour l’histoire comparative des institutions’ ben espressa nei suoi annuali ‘Recueils’.

⁽²⁾ J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de définition*, Bruxelles, Univ. Libre, 1967, p. 9.

che vanno dal 1790 al 1810 si concreta in una novità assoluta sul piano delle fonti, offrendo una soluzione nuova al problema della produzione giuridica. Insomma, la storia delle fonti ha un prima e un poi, e il discrimine corre proprio in quel 1804 che vide realizzato il primo momento di un enorme disegno legislativo ⁽³⁾.

Noi, per nostro conto, ne traiamo una conseguenza netta: che è, se non indebito, almeno altamente equivoco continuare, per le produzioni pre-napoleoniche sopramenzionate, a qualificarle come codificazioni ⁽⁴⁾. A nostro avviso, la fortunata distinzione — proposta tanti anni fa dal Viora ⁽⁵⁾ — fra consolidazioni e codificazioni, malgrado alcune perplessità recentemente segnalate ⁽⁶⁾, appare ancora utile come semplice strumento ordinativo di un materiale storico profondamente disomogeneo.

Tanto più sul terreno del quale oggi discorriamo, il diritto civile, il diritto regolativo della vita quotidiana del normale cittadino, dove, se possiamo sorprendere l'avvio di disegni progettuali negli esperimenti imperfetti di Principi dell'area austro-germanica emergenti alla metà del secolo XVIII ⁽⁷⁾, il disegno perfetto e compiuto, interamente realizzato in coerenza con uno specifico progetto e divenuto norma esclusiva per ogni cittadino, si ha soltanto con il 'Code civil', autentico atto di coraggio di un legislatore vigoroso e consapevole, momento di rottura con una tradizione secolare che si trascinava pesantemente sino a fine Settecento.

⁽³⁾ Nel ristretto e appartato campo del diritto penale (strettamente legato all'esercizio del potere sovrano), e soltanto da un punto di vista formale, può essere considerato un 'Codice' quello Giuseppino del 1787.

⁽⁴⁾ Una guida eccellente può oggi rinvenirsi in P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, che offre al lettore una valutazione serenamente critica, sempre ispirata ad un grande equilibrio e fondata su una conoscenza piena delle fonti storiche. Uno sguardo disteso, sempre sorretto da un atteggiamento serenamente critico, si può reperire anche nei molti saggi raccolti in: *Codici — Una riflessione di fine millennio* — Atti dell'Incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura di P. Capellini e B. Sordi, Milano, Giuffrè, 2002.

⁽⁵⁾ M. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Torino, Giappichelli, 1967³.

⁽⁶⁾ U. PETRONIO, *Una categoria storiografica da rivedere*, in «Quaderni fiorentini», 13, 1984.

⁽⁷⁾ Il riferimento è soprattutto a Maria Teresa nella coinè austriaca, a Federico II in Prussia, a Massimiliano Giuseppe III in Baviera.

Aggiungiamo, per doverosa chiarezza: è su un certo piano, quello di concepire e organizzare le fonti del diritto civile, che si misura la novità e il grado di rottura con il passato. Altro discorso, ma diverso e di minore rilievo, è quello sui contenuti sostanziali, su cui con parecchi equivoci di fondo si basano le ipotesi continuistiche, discorso che pure affronteremo nel corso della Relazione; la quale — giova ripeterlo — si incentra sul ‘Code’ come fonte, come forma, idea, progetto politico-giuridico.

Ma si impone ora di cominciare a fornire le motivazioni di conclusioni tanto ferme, iniziando con una domanda stringente: per quali ragioni, in grazia di quali forze storiche, il ‘Code Napoléon’ riesce ad esprimerci un messaggio così storicamente tipico (ci verrebbe voglia di dire: messaggio unico, almeno negli anni in cui venne alla luce)?

2. *La maturità di tempi del Code Civil e le forze storiche caratterizzanti: l'illuminismo giuridico.*

L'anno di apparizione è, come ognuno sa, il 1804. I tempi erano maturi, e il ‘Code’ rappresenta il frutto coerente del grosso rivolgimento che, a fine Settecento, aveva consentito di ripensare *funditus* il problema centrale della produzione del diritto.

Già; perché a fine Settecento si erano consumati i due eventi che si presuppongono al ‘Code Civil’ e senza i quali non sarebbe stato concepibile: intendiamo dire il movimento dell’illuminismo giuridico, che impregna di sé gli intellettuali più vivaci dell’intera Europa occidentale e che pènetra pienamente all’interno di parecchie Corti della coinè germanica, a Vienna come a Monaco, a Berlino come a Dresda; intendiamo dire altresì la formidabile vicenda della Rivoluzione francese, che investe squassante non soltanto il modo di pensare e attuare uno Stato sotto il profilo politico e sociale ma altresì tutto l’universo giuridico nelle sue più remote fondazioni.

L’illuminismo giuridico, derivazione e specificazione settecentesca del grande ripensamento giusnaturalistico, riproponeva — dal messaggio di questo — la ferma fiducia nella capacità di leggere la natura delle cose e di poterla conseguentemente fissare in principii

e comandi certi e chiari, muniti di una intima razionalità e pertanto ridicibili a sistema; con la possibilità, anzi con la opportunità, anzi con la necessità di immobilizzarli in un testo, dove chiunque potesse agevolmente conoscerli e senza elusioni obbedirli.

È da quell'atteggiamento di completa fiducia che discende l'esigenza della testualità, e con essa della rigidità del comando, concepita come una qualità benefica. Alessandro Verri, fedele testimone dell'illuminismo lombardo, lo segna lucidamente nelle pagine del suo *Caffè*: « generalmente la legge non deve piegarsi dalla sua inesorabile universalità, ed essendo inesorabile, uopo è che sia dura talvolta. Ma questo è minor male che il cessare di essere universale » (8).

La regola, che si ha la presunzione di poter leggere nella natura delle cose, è regola intrinsecamente astorica perché appartenente al paradiso terrestre del diritto naturale, un mondo pre-storico che la storia può soltanto contaminare e deformare nel divenire disordinato dei fatti sociali economici politici, un mondo di cui si può recuperare la razionalità pura che lo compenetra, sol che si abbia degli occhi non tendenziosi.

La convinzione di poter finalmente edificare un ordine giuridico razionale si traduce in una tensione forte alla universalità, generalità, astrattezza, giacché un comando razionale non può subire gli immiserimenti derivanti dal confronto con vicende particolari, con mutamenti temporali e spaziali. È vissuto ancora intensamente l'imperativo giusnaturalistico, e cioè che si può e si deve conseguire un disegno giuridico assolutamente purificato da scorie storiche, astraente dalle miserie della fattualità.

Il suggestivo riduzionismo illuminista coglie nella astrattezza delle figurazioni giuridiche un tratto caratterizzante del nuovo diritto: l'uguaglianza giuridica degli individui e l'uguaglianza giuridica dei beni, affermate contro i soggetti e i beni dell'antico regime immersi nella fattualità economica e sociale e sovraccarichi di pesi storici, hanno il loro calco nella originaria realtà immota, meta-sto-

(8) A. VERRI, *Ragionamento sulle leggi civili*, pubblicato originariamente sul 'Caffè' del 1766, ora in *Il Caffè*, a cura di S. Romagnoli, Milano, Feltrinelli, 1960, p. 414.

rica, del diritto naturale dove il soggetto è più un modello che un uomo in carne ed ossa, e il bene è il frammento neutro e anonimo del cosmo.

Si aggiunga una cifra specifica e peculiare dell'illuminismo giuridico: l'idealizzazione del Principe e il conseguente affidamento a lui della lettura e traduzione in norme dell'ordine naturale, compito un tempo prerogativa del potere sacro e ora, in un momento di accesa secolarizzazione, consegnati nelle mani del potere *stricto sensu* politico. Illuminismo giuridico significa infatti — suprema antinomia della storia del diritto moderno — fiducia nel Principe, fiducia nello Stato, congiunta a una costante sfiducia nel sociale, in una società che — come fatto globale complesso — risulta difficilmente controllabile, difficilmente inquadrabile in una orbitura razionale.

A livello strettamente giuridico questo decisivo rivolgimento sfociava e si concludeva in una visione pessimistica del vecchio assetto delle fonti, consistenti — per il diritto civile — in un cumulo di consuetudini interpretate da giudici e dottori, assetto caotico di cui gli illuministi sottolineano caratteri di irrazionalità e arbitrarità. All'inverso, si contrapponeva una visione ottimistica della volontà sovrana incarnantesi in leggi generali e astratte, certe chiare razionali.

3. *La maturità di tempi del Code Civil e le forze storiche caratterizzanti: la Rivoluzione francese.*

Ma alle spalle del 'Code Civil' sta soprattutto l'evento della grande Rivoluzione, che assorbe parecchie delle istanze illuministiche sopra segnalate e le trasforma in una concreta realtà storica, arrivando a una incidenza profonda e larga che va dalla struttura della società alla vita quotidiana di ogni suddito.

Ai nostri fini interessa il messaggio conclusivo che il complesso e variegatissimo quinquennio rivoluzionario raccoglie e propone sul piano politico-giuridico: la Francia non è più, ormai, la 'société de sociétés' dell'antico regime ma si è rinnovata in una solida costruzione statuale dalla straordinaria compattezza, una compattezza non più compromessa e indebolita dai ceti e dalle società intermedie in cui si scandiva il passato assetto corporativo.

Il riduzionismo illuministico si attua nella bipolarità esclusiva di Stato e individui fisici; al di sotto di un forte potere politico sta una realtà ugualitaria, individui astratti privi di ogni carnalità storica e pertanto tutti giuridicamente uguali, beni non più contraddistinti da qualità giuridiche diversificanti, non più allodii o feudi, ma oggetti indiscriminati, a livello pubblico, di sovranità e, a livello privato, di proprietà ⁽⁹⁾.

Coglie bene nel segno il giurista Merlin de Douai, presidente di una delle sotto-commissioni in cui si articola il *Comité de féodalité*, quando, enfatizzando — ma non a torto — di fronte alla Assemblea Costituente il contenuto novatore della Legge 15 marzo 1790, afferma: « en détruisant le régime féodal, vous n'avez pas entendu dépouiller de leurs possessions les propriétaires légitimes des fiefs, mais vous avez changé la nature de ces biens » ⁽¹⁰⁾. D'ora in avanti, l'uguaglianza giuridica dei beni ha anche il pregio di essere la salvaguardia più efficace della unità dei patrimonii, un risultato assai caro alla ormai dominante mentalità borghese.

Particolarmente grazie alle corrosive soluzioni giacobine il paesaggio giuridico francese si presenta in tutta la sua novità. Aggiungiamo: in tutta la sua — cercata e ottenuta — semplicità. Come dicevamo più sopra, uno Stato compattissimo e una falange di cittadini uguali, astratti, per di più interamente laici dopo che era stato loro strappato di dosso il consueto inseparabile vestimento religioso. La raggiunta compattezza dello Stato esigeva l'annientamento delle diversità ⁽¹¹⁾.

Ma compattezza significa che lo Stato si pone come l'assoluto protagonista della vita nazionale, o, se preferiamo una immagine più energica, diventa il grande burattinaio che maneggia e tira tutti i fili della vita nazionale (nessuno escluso), che si è trasformato in

⁽⁹⁾ Serbando, ovviamente, i soli caratteri morfologici che differenziano un fondo rustico da un fondo urbano, una miniera da una foresta.

⁽¹⁰⁾ La parte essenziale del discorso tenuto alla Assemblea Costituente può essere comodamente letta in MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Bruxelles, 1826, t. XII, sub voce *Fief*, sect. II, §.VI, n 1, dove lo stesso Merlin autobiograficamente la riporta.

⁽¹¹⁾ Possono essere letti con profitto gli acuti rilievi di P. CAPPELLINI, *Il Codice eterno*, in *Codici*, cit., particolarmente p. 38.

un puntiglioso controllore perché solo un controllo puntiglioso garantisce la compattezza. Ovviamente, controllo dello spazio socio-politico, ma altresì di quello giuridico.

E la Rivoluzione affonda il suo coltello proprio sul vecchio pluralismo di fonti, principalmente su quel tessuto consuetudinario, che per sua natura si sottrae a un controllo centralizzato. E l'ordine giuridico rivoluzionario prende avvio sul terreno delle fonti, che è fondativo di tutto l'edificio soprastante, spazzando via il particolarismo degli usi che avevano sino ad allora forgiato il diritto civile francese e sostituendovi un diritto legale, generale astratto rigido, che offre garanzia di perfetta coerenza con il progetto di dominanza del potere supremo. Il diritto si raggrinzisce nella legge, cioè nella volontà sovrana, la quale si identifica apoditticamente nella giustizia, sorretta com'è dal mito della sua perfetta corrispondenza alla volontà della nazione.

È nel progetto politico-giuridico della rivoluzione giacobina che il legalismo, serpeggiante per tutta l'età moderna, diventa legolatria, culto della legge come tale, prescindendo dai suoi contenuti sostanziali. Il Principe, idealizzato dall'illuminismo giuridico, offre nella legge quei principii razionali di cui la società ha bisogno per ordinarsi convenientemente, al contrario dei vecchi usi, voci di situazioni particolari, gremiti di fattualità, immersi nelle passioni umane, pertanto arbitrari.

Nessuno ha espresso con tanta puntualità questa idea-madre come Robespierre, personaggio che sa di diritto, in un suo stringentissimo discorso alla Convenzione del febbraio del '94: « nous voulons substituer [...] les principes aux usages [...] l'empire de la raison à la tyrannie de la mode »⁽¹²⁾. La legge è lo strumento quasi taumaturgico che consente di sollevare la produzione di comandi giuridici, al di sopra della miseria delle passioni, a un livello di razionalità pura; al governo degli uomini, troppo spesso arbitrario, deve sostituirsi il governo delle leggi⁽¹³⁾. In questa luce, il potere

(12) M. ROBESPIERRE, *Discours sur les principes de la morale politique*, ora in *Discours et rapports à la Convention*, a cura di M. Bouloiseau, Union Gén. d'Éditions, 1965, p. 212.

(13) La frase è presa quasi di peso da un saggio di Pietro Verri, fratello di Ales-

centrale, almeno formalmente, viene a perdere il truce aspetto del controllo poliziesco per tramutarsi in potere rigeneratore; e la legge è lo strumento essenziale a una siffatta rigenerazione della società, contribuendo in modo determinante alla formazione di quel 'peuple nouveau', che è il messaggio utopico ricorrente spesso nel linguaggio rivoluzionario.

Ci preme trarre una conclusione: si viene a inaugurare una stagione di rigido statalismo sul piano politico, di rigido monismo sul piano delle fonti giuridiche ⁽¹⁴⁾. È l'età dell'assolutismo giuridico, in cui si colloca il 'Code Civil' e di cui è fedele espressione.

4. *Verso il Code Civil: dal giusnaturalismo al giuspositivismo.*

Il 'Code Civil' presuppone la penetrazione delle suadenti riflessioni illuministiche, e presuppone la ventata rivoluzionaria così dirompente per la plurisecolare tradizione giuridica. Prima del manifestarsi di queste grosse forze storiche un simile prodotto giuridico, una simile scelta per risolvere il problema delle fonti del diritto civile sarebbe stata impensabile.

Del resto, ancora a metà Settecento, lo stesso cancelliere D'Aguesseau, uno dei 'legislatori' più consapevoli e coraggiosi della Francia moderna, colui che solo — come vedremo — oserà legiferare, sia pure episodicamente, sul terreno del diritto civile, non ha esitazione nel sostenere l'impossibilità di una legislazione uniforme per l'intero Regno ⁽¹⁵⁾; e ancora nel 1797 Portalis, futuro protago-

sandro, e, come questi, protagonista del vivace illuminismo lombardo: « La felicità pubblica e la benefica verità fanno desiderare che cessi finalmente il governo degli uomini e cominci il governo delle leggi e che la sacra facoltà di far leggi sia gelosamente custodita presso del trono e non altrove » (P. VERRI, *Memorie storiche sulla economia pubblica dello Stato di Milano*, ora in *Scrittori classici di economia politica — Parte moderna*, tomo XVII, Roma, Bizzarri, 1966 (rist. anast. Ed. Milano, Destefanis, 1804), p. 170 (ma si vedano anche le considerazioni svolte nelle pp. 151-152).

⁽¹⁴⁾ Sia consentito di rinviare a un nostro recente sguardo sintetico: P. GROSSI, *Dalla società di società alla insularità dello Stato — Fra Medioevo ed Età Moderna*, Napoli, Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, 2003 (Lezioni Magistrali — Collana diretta da F. De Sanctis).

⁽¹⁵⁾ J.-L. HALPERIN, *L'impossible code civil*, Paris, P.U.F., 1992, p. 41.

nista dei lavori preparatorii del 'Code', invitava a rinunciare alla 'dangereuse ambition' di redigere un Codice Civile (16).

Il progetto codificatorio prende forma con la Rivoluzione. È, infatti, in seno al dibattito sulla riforma giudiziaria che, nel luglio 1790, Thouret propose un articolo che prevedeva l'elaborazione da parte del legislatore di un « code général de lois simples, claires et appropriées à la Constitution », articolo fatto proprio dalla Costituente (17). Una proposta come ce ne erano state tante in un passato prossimo e remoto. Questa ha però il privilegio oggettivo di emergere nel 1790, nel bel mezzo della burrasca rivoluzionaria. I tempi erano maturi — e ancor più lo sarebbero stati negli anni immediatamente venturi —, perché un innocuo progetto di razionalizzazione e sistemazione delle fonti diventasse il frutto novissimo del 'Code civil'. Si avvia così un itinerario, che corre continuo fino al 1804.

A un certo punto di questo percorso gli dà vigore e accelerazione l'emergente despota e futuro Imperatore. Napoleone fa suo il disegno codificatorio e lo inserisce con cura nelle trame del suo progetto egemonico, trovandolo ad esso congeniale (18).

Lui, certamente non giurista ma lucidissimo stratega politico, comprendeva alla perfezione quale fattore irrobustente avrebbe potuto essere per lo Stato francese in via di costruzione un cemento giuridico uniforme controllato in ogni sua piega dai palazzi parigini del potere. Più tardi, in una famosa lettera al fratello Giuseppe in procinto di diventare re di Napoli, ci darà la motivazione piena del suo acceso favore per il Codice, consigliandolo a lui vivamente per la scoperta ragione che « il consolidera vtre puissance » (19).

(16) Ivi, cit., p. 252.

(17) Ivi, p. 81.

(18) Si leggano le lucide notazioni di S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon - Il progetto di Codice Civile di Guy-Jean Baptiste Target (1798-1799)*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 7.

(19) « Etablissez le Code Civil à Naples [...] il consolidera vtre puissance ». Riporta la frase dalla corrispondenza napoleonica, sottolineandone il significato, il compianto Adriano Cavanna, in un saggio denso e meditato, che è leggibile con grande profitto (cfr. A. CAVANNA, *Mito e destini del Code Napoléon in Italia*, in *Europa e diritto privato*, 2001, p. 96).

Insomma, agli occhi del grande Còrso, il legame fra dimensione politica e dimensione giuridica appare in tutta la sua evidenza, e la codificazione — quale strumento di controllo del sociale — acquisisce anche il ruolo di strumento inabdicabile di potere. Si realizza in Francia, compiutamente, quella che più sopra abbiamo chiamato la più grave antinomia della storia del diritto moderno, e cioè il liquido trapasso da giusnaturalismo a giuspositivismo, le mai smentite fondazioni giusnaturalistiche che servono ormai, grazie alle nervature etiche loro proprie, a consolidare e a irrigidire la potestà dispotica di uno Stato nazionale.

Il Codice, vagheggiato come possibilità di lettura dell'ordine naturale e pertanto pensato come sistema di principii e regole a proiezione universale, si rattrappisce entro limitati confini politici, trasformandosi in simbolo di una sola nazione e di un solo Stato, ausilio prezioso di velleità statalistiche e nazionalistiche. Il Còrso incarna alla perfezione quel Principe forte e illuminato — insieme illuminato e forte — che l'illuminismo giuridico aveva idealizzato e nelle cui mani aveva consegnato il potere di leggere e fissare i cardini della razionalità naturale; ma incarna anche lo Stato accentratore e controllore che la Rivoluzione giacobina aveva escogitato per far piazza pulita delle montanti tendenze conservatrici e passatiste.

Il Codice — ogni Codice ma innanzi tutto il Codice Civile — si legherà, d'ora in avanti, alle vicende del positivismo giuridico ottonevicesco diventando l'emblema dello statalismo imperante, dell'assolutismo giuridico sposato in perfetta simbiosi col pieno liberalismo economico.

5. *Il Code Civil tra rivoluzione giacobina e restaurazione napoleonica.*

Il 'Code Civil' è, dunque, il figlio legittimo dell'illuminismo giuridico così come era stato vissuto, realizzato ma anche alterato, durante la multiforme esperienza rivoluzionaria. C'è un vincolo storico, che va ben oltre la banalità d'una consecuzione cronologica, tra 'Code' e innovazioni politico-giuridiche rivoluzionarie.

Con alcune precisazioni necessarie: molti degli ideali, che avevano vivacizzato e anche insanguinato le strade di Parigi, sono irri-

mediabilmente caduti; tra questi, la persuasione sincera di una profonda rigenerazione della società.

In altre parole, se qualcosa viene meno, è, per l'appunto, la dimensione utopistica schiettamente vissuta da parecchi *homines novi*. Ora, dopo il 1795 e vieppiù dopo il 1799, il progetto giuridico rivoluzionario fa i conti con la edificazione di una forte struttura statutale, sull'altare della quale vengono realisticamente deposte idee e proposte in grado di minare l'apparato potestativo.

Se i sogni si sono dileguati, un atteggiamento resta, e resta quale eredità degli anni incandescenti: la coscienza di vivere un momento irripetibile, unita alla consapevolezza del coinvolgimento in un'opera duratura e meritoria. Tutti arruolati per vincere una battaglia di civiltà, per consolidare una tappa di autentico progresso.

Esprime bene questo émpito appassionato il Tribuno Jaubert, quando, nel discorso al 'Corps législatif' del 30 ventoso dell'anno XII (1804), durante la discussione sui motivi, sottolinea con efficace enfasi retorica lo stretto legame fra la nazione ormai compatta, la tensione a fissare un ordine razionale e il supremo potere normativo: « les Français sont devenus un seul corps de nation; de toutes parts on a entendu cet appel de la raison à la puissance législative »⁽²⁰⁾.

Due giorni prima, in quella stessa sede, aveva dato prova di maggior disinvoltura Portalis, tenendo saldamente i piedi a terra e cogliendo — quale tratto caratterizzante — lo stretto legame tra Codice e ordine pubblico, fra Codice e solidità del costruendo Impero. Vale la pena di leggerlo: « la seule existence d'un Code Civil et uniforme est un monument qui atteste et garantit le retour permanent de la paix intérieure de l'Etat »; con una aggiunta illuminante: « les esprits ordinaires ne peuvent ne voir dans cette unité qu'une perfection de symétrie; l'homme instruit, l'homme d'état y découvre les plus solides fondements de l'empire »⁽²¹⁾.

Con franchezza quasi impudica il ruolo del Codice viene sot-

⁽²⁰⁾ P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil* (1827), Onabrück, Zeller, 1968, T. I, p. CVII.

⁽²¹⁾ Ivi, p. CI.

tratto alle pure geometrie illuministiche per identificarsi in una delle pietre angolari del potere napoleonico. Né v'è alcun dubbio che Portalis colga nel segno: il 'Code civil' è al centro di un progetto politico.

Bonaparte, nel suo crudo realismo, rifiuta il ruolo di vedovo e di esecutore testamentario della Rivoluzione, ma se ne proclama erede per tutto quel che di profittevole il rinnovamento giacobino gli può offrire. Un risultato viene afferrato senza esitazione, ed è l'esasperazione nomofiliaca, il diritto che si risolve in un sistema legislativo, ossia in un sistema di comandi sovrani, la valorizzazione dell'aspetto potestativo che è al fondo di ogni rigido legalismo.

Il Codice Civile rappresenta il trionfo del legalismo, la sua vittoria suprema, dal momento che il martello della legge riesce finalmente a penetrare nel terreno proibito dei rapporti privati fra privati, e si viene saldamente a chiudere la muraglia della statualità. Il diritto è ormai interamente statuale, la codificazione — quella civile, in primo luogo — è il primario strumento di controllo del 'giuridico', e il 'giuridico' ingabbia il 'sociale' secondo direttive centralizzanti. L'elaborazione e attuazione di un 'Code Civil' si addicono a Bonaparte.

6. *Il Code Civil e la sua novità rispetto alle consolidazioni precedenti.*

Qui stiamo già cominciando a motivare la novità del 'Code Civil' sottolineata fin nel titolo della Relazione. Novità che si può assommare in questa conclusione: siamo di fronte al primo tentativo pienamente riuscito di ridurre in un testo legislativo omnicomprendivo l'interezza del diritto civile.

I continuisti ostinati potrebbero replicare che di codici è ricolma la storia giuridica; ed è apparentemente vero. *Codex*, *Code*, *Codice* è termine che lo storico del diritto incontra frequentemente in tempi e luoghi diversi, ma è anche termine contrassegnato da una intima polisemia. Se vogliamo individuare il tratto comune di tutte queste 'codificazioni', lo si può cogliere nello sforzo di operare una sistemazione delle fonti, di renderle più organiche, più chiare, più

certe, selezionando e organizzando il caotico materiale sedimentatosi in un periodo spesso assai prolungato.

Si deve però fermamente puntualizzare che, rispetto ad esse, il 'Code' napoleonico si afferma come fonte di qualità essenzialmente diversa, tanto da rendere indebito sorprendere in esso l'ultimo anello di una catena che ha all'interno del suo svolgersi il *Codex* di Giustiniano nel remoto VI° secolo dopo Cristo o il francese *Code Henry* del tardo Cinquecento, o, nel Seicento, l'austriaco *Codex Leopoldinus*. Ma anche rispetto alle più vicine realizzazioni settecentesche, che pur sono frutto di impostazioni illuministiche, il Codice francese si distacca e si separa.

Tralasciando il tentativo di Maria Teresa che resta un mero progetto, una tal conclusione si impone anche per il *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* e per lo *Allgemeines Landrecht* prussiano, che si presentano a noi quali semplici fonti sussidiarie.

Soffermiamoci un momento su quest'ultimo, ovverosia sull'esperimento più cospicuo del secolo XVIII, la cui apparizione è di soli dieci anni antecedente alla grande realizzazione parigina. Non aveva torto quell'osservatore aguzzo e impietoso che fu Alexis de Tocqueville quando constatava sgomento che « sous cette tête toute moderne, nous allons maintenant voir apparaître un corps tout gothique »⁽²²⁾. Se cancella dal nòvero delle fonti il vecchio *ius commune*, lascia in piedi tutto l'impianto dei diritti locali; anzi, come si accennava or ora, si pone al loro riguardo in posizione di sussidiarietà quale semplice « subsidiarisches Gesetzbuch, zu welchem der Richter bey dem Mengel der Provinzial-Gesetze recurriren kann ». Siamo cioè di fronte ad una consolidazione che non mette a tacere il passato pluralismo giuridico.

Ma anche nei suoi contenuti — che si distendono in un elefantico apparato di paragrafi — nasce decrepito: protagonista è ancora il ceto, lo *Stand*, e rimane intatta, in quel 1794 così proiettato per l'innanzi in altre zone di Europa, la secolare struttura socio-economica di stampo feudale, con soggetti immersi in una greve carnalità storica e giuridicamente diversificati e discriminati, dimo-

(22) A. DE TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la Révolution*, I, II, chap. I, note 'Code du grand Frédéric'.

strando apertamente che il legislatore prussiano non è riuscito a vincere le resistenze degli strati conservatori del Regno. E il risultato è un prodotto ibrido, complesso e complicato, che avrà poca fortuna come modello e incontrerà gravi difficoltà nella sua stessa applicazione.

7. *Il Code Civil e i suoi presupposti novissimi: soggetti e beni.*

Se lo *Allgemeines Landrecht* — pur nato dallo stimolo di quel sovrano così speculare al suo tempo che fu Federico II — ha datazione certa sul piano formale ma potrebbe, per i suoi contenuti, essere retrodatato a cento anni prima, lo stesso non si può certo dire del Code Civil: il soggetto e i beni, di cui si occupa, hanno subito la scarnificazione del lavacro giusnaturalista ripreso e reso operativo dalla Rivoluzione.

Il soggetto è il soggetto unitario di diritto civile e coincide con l'individuo astratto del diritto naturale, più un modello di individuo che un personaggio in carne ed ossa storicamente condizionato; pertanto, caratterizzato da una assoluta uguaglianza giuridica. Uguaglianza giuridica che investe anche i beni, che, proprio perché uguali e non condizionati a situazioni giuridiche differenti, proprio perché frutto di una determinante liberazione sul piano giuridico, possono liberamente circolare da una mano all'altra di ogni cittadino.

Su questo piano il 'Code' rivela pienamente l'influsso del rinnovamento giusnaturalistico. Nel 1807, tre anni dopo l'entrata in vigore, in una sua esposizione al 'Corps législatif' intorno ad alcune modificazioni del testo originario, uno dei redattori protagonisti, il Bigot de Prèameneu, poteva affermare con piglio sicuro che « dans le Code Napoléon l'ordre naturel est la règle commune » (23).

Né aveva torto. Anche se l'esperimento legislativo non intende offrire ai francesi una filosofia, bensì un sistema di norme positive, il soggetto assunto a cardine della propria architettura è quello coniato dal giusnaturalismo sei-settecentesco, non inserito in nessuna

(23) FENET, *Recueil*, cit., T. I, p. CXXVI.

comunità intermedia se non in quella naturale della famiglia, né partecipe di alcuna fede religiosa. Connotati novissimi, l'uno e l'altro; in particolare, questo della laicità del soggetto di diritto civile fa spicco sulla profonda commistione e quasi immedesimazione fra dimensione civile e religiosa, che era stata un principio regolativo inabdicabile dell'antico regime ⁽²⁴⁾.

8. *Il Code Civil: una fonte che rompe con il passato.*

La trama interiore del *Code*, ben poggiata su una nozione di soggetto e su una nozione di bene che capovolgevano le secolari soluzioni dell'antico regime, si presenta allo storico sotto il segno di una essenziale discontinuità. Sotto questo profilo, al di là e al di sopra — come vedremo — della penetrazione di istituti della prassi quotidiana dell'*ancien droit*, il *Code* rompe col passato fondando i suoi cardini portanti sulla capitale rinnovazione rivoluzionaria e sul lavacro giuridico a cui questa aveva con successo sottoposto soggetto e beni.

Ma, prima ancora della sua trama interiore, v'è una posizione di fondo in cui il Codice napoleonico si afferma come rottura fondamentale con la tradizione giuridica pre-rivoluzionaria, ed è precisamente la sua posizione come fonte del diritto civile. Su questo piano, che rivela sempre scelte fondamentali di un ordinamento, risalta la sua assoluta novità. Il Codice, nelle mani di Bonaparte che in questo si rivela erede del messaggio giacobino, attesta una profonda revisione del modo tradizionale di pensare e risolvere il problema delle fonti, giacché mette a punto un passaggio decisivo dal vecchio pluralismo a una rigida visione monistica.

Non è, a nostro avviso, senza significato che la gigantesca opera codificatoria, che impegna tutto il primo decennio del secolo XIX, sia cominciata con quella del diritto civile. Non v'è dubbio che il carattere ormai decisamente borghese della grande sistemazione legislativa esige che si risolvano celermente quei nodi giuridici che

⁽²⁴⁾ Lo puntualizza con vigore J. CARBONNIER, *La sécularisation du droit civil par le Code Civil des français*, in *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 1007 ss..

prèmono alla vincente e dominante borghesia francese — borghesia agraria e mercantile —, e cioè proprietà e negozi, con gli annessi imprescindibili del diritto di famiglia (soprattutto tutela dei minori e matrimonio) e delle successioni per causa di morte, temi delicati e gelosi, carissimi a ogni titolare di entità patrimoniali; ma non v'è ugualmente dubbio che era quello il terreno in cui si sarebbe con maggiore evidenza misurata la novità e il coraggio del legislatore francese.

I rapporti privati dei privati erano infatti, da sempre, una zona gelosamente riservata al disciplinamento delle *coutumes*. V'era, nel vecchio *Royaume*, una piattaforma consuetudinaria che nemmeno il Re, pur nella absolutezza dei suoi poteri, poteva impunemente violare. Lo strato consuetudinario formava, per così dire, una sorta di costituzione materiale, pertanto indisponibile dai titolari del supremo potere politico, traente forza ed efficacia da un originario patto non scritto siglato fra Monarchia e popolazioni.

Anche il grande apparato colbertiano di *Ordonnances*, cospicua consolidazione tardo-secentesca e tappa rilevante verso un diritto uniforme della nazione, regola con la *Ordonnance civile* la procedura ma lascia intatto il terreno più propriamente civilistico. Soltanto alle soglie della Rivoluzione, il cancelliere D'Aguesseau pèntra temerariamente all'interno del territorio proibito con tre famose *Ordonnances*, ma si tratta pur sempre di interventi episodici e parzialissimi ⁽²⁵⁾.

Si trascinava, insomma, sino a fine Settecento quel mondo giuridico, dove il diritto civile — per riprendere il tema di fondo e l'intuizione felice di un saggio sollecitante di Filippo Vassalli — si connotava di una indefettibile estrastatualità ⁽²⁶⁾; v'era cioè un tacito affidamento ai privati, che lo producevano per il tramite degli

⁽²⁵⁾ Sono quelle sulle donazioni del 1731, sui testamenti del 1735, sulle sostituzioni del 1747 (da ultimo, si veda A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Les différents facteurs d'unification dans l'ancien droit*, in 1804-2004 — *Le Code Civil — Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 81).

⁽²⁶⁾ Il riferimento è al saggio notissimo, che Vassalli pubblica nel 1951: *Estrastatualità del diritto civile*, ora in ID., *Studi giuridici*, vol. III, tomo II, Milano, Giuffrè, 1960.

usi, restando compito del ceto dei giuristi, giudici e maestri, la sua definizione, categorizzazione, sistemazione.

Con la doverosa precisazione che giurisprudenza pratica e dottrina non lo irrigidivano in testi autorevoli destinati a una vigenza proiettata in un tempo indefinito, ma lo riducevano in schemi duttili, disponibili ad essere superati per il variare delle esigenze sociali, delle mentalità, delle stesse concezioni teoriche, del raffinarsi delle tecniche. Estrastatualità aveva significato soprattutto pluralismo giuridico, pluralismo di fonti di produzione non necessariamente inchiodate in una gerarchia imm modificabile.

Nell'anno di grazia 1804 si porta a compimento una rivoluzione né piazzaiola né cruenta, anzi tacita e secreta, ma rivoluzione piena a livello di fonti giuridiche. Viene infatti attuata la statalizzazione compiuta del diritto civile, cancellando d'un colpo la tradizione plurisecolare. L'ordine giuridico privato si trovava ridotto e compreso nella testualità di tre libri scanditi in ben 2281 articoli. Ed era chiaro l'oggetto che il Principe e i suoi consulenti avevan di fronte come ambiziosissimo progetto: occuparsi di tutto il diritto civile e disciplinarlo, dalle persone alla famiglia, dalla proprietà e diritti reali a contratti e obbligazioni, a successioni per causa di morte.

Si evitano con prudenza eccessive minuziosità, si evitano inutili e ingombranti filosofeggiamenti, ma si vuole fissare con rigore le regole-cardine dell'ordine giuridico, quelle che fanno del 'Code' uno strumento efficientissimo di pace pubblica con il suo controllo della attività quotidiana dei cittadini nello scottante terreno dei rapporti economici e sociali.

Nessun esempio è più illuminante di quello offerto dalla ampia disciplina codicistica in tema di contratti. Negli articoli che vanno dal 1101 al 1167 si disegna una vera e propria teoria generale legislativa del contratto, dove si dà largo spazio alla autonomia privata ma si ségnano con precisione i suoi confini.

E l'articolo 1134, modello fortunato che troverà in Italia recezione nel primo Codice unitario del Regno e successivamente nel Codice attualmente vigente, con la sua azzeccata formulazione sembra corrispondere in pieno a una duplice esigenza: agevolare quei negozi tra privati che costituiscono il nerbo della economia borghese assicurando una zona di autonomia dove gli interessi in gioco

possono muoversi e realizzarsi all'insegna della libertà degli *hominnes oeconomici*; additare però che c'è un limite invalicabile, quello delle « convenzioni legalmente formate », oltre il quale si vanifica la protezione indulgente dello Stato e conseguentemente la sicurezza dei traffici.

Infatti, accanto al regno della atipicità — ossia della autonomia dei privati — segnato dai confini generali e spaziosi degli articoli 1101-1167, seguono l'esposizione e la regolamentazione rigorose degli strumenti tipici del traffico economico, dove, se non si perde tempo nelle minuzzaglie, si cerca di offrire una guida rassicurante nella previsione delle fattispecie più comuni (vendita, locazione, mandato, mutuo, deposito, e così via).

Anche se circola nei lavori preparatorii la consapevolezza — dettata da semplice buonsenso — che un Codice, anche il più perfezionato, non potrà mai essere completo, si offre al cittadino francese un breviario giuridico caratterizzato dal pregio di una tendenziale autosufficienza, un breviario dove — e questo non è smentibile — si tenta di prevedere tutto, tutti gli accadimenti della normale vita socio-economica del cittadino.

Un esempio vistoso è il seguente: spesso nei lavori preparatorii si afferma che non è compito del legislatore ma della riflessione scientifica di definire gli istituti. Encomiabile testimonianza di umiltà, che è sostanzialmente smentita dal tessuto del testo legislativo dove, in una prima frettolosa lettura, emergono più di cinquanta definizioni ⁽²⁷⁾.

(27) Abbozziamo qui un elenco, che non ha lo scopo di contarle con aritmetica precisione, ma solo di testimoniare la notevole quantità: artt. 544 (proprietà), 578 (usufrutto), 637 (servitù), 716 (tesoro), 739 (rappresentazione), 811 (eredità giacente), 894 (donazione), 895 (testamento), 1003 (legato universale), 1101 (contratto), 1102 (contratto sinallagmatico), 1103 (contratto unilaterale), 1104 (contratto commutativo), 1105 (contratto di beneficenza), 1106 (contratto a titolo oneroso), 1168 (obbligazione condizionale), 1169 (condizione causale), 1170 (condizione potestativa), 1171 (condizione mista), 1181 (obbligazione sotto condizione sospensiva), 1183 (condizione risolutiva), 1197 (obbligazione solidale tra più creditori), 1200 (obbligazione solidale tra più debitori), 1217 (obbligazione divisibile e indivisibile), 1226 (clausola penale), 1250 (subingresso convenzionale), 1265 (cessione dei beni), 1317 (atto autentico), 1349 (presunzioni), 1350 (presunzione legale), 1371 (quasi-contratti), 1540 (dote), 1574 (beni para-

Con un significato preciso: che, proprio in questa tensione alla autosufficienza, la definizione, lungi dall'essere uno sfoggio dottrinale, offriva una preziosa cornice teorica e tecnica dell'assetto d'interessi disegnato in un certo numero di articoli e poteva egregiamente fornire un elemento sicuro per estendere la disciplina a casi inavvertitamente non regolati dalla non onnisciente previsione del legislatore.

Per questo il 'Code Civil' ci si presenta non come una pluralità slegata di articoli e di norme, bensì come un sistema compiuto, come una totalità sorretta da un progetto e percorsa da ben segnate linee-guida, e, se non è proclive a filosofeggiamenti nella sua veste di severa norma positiva atta a ordinare una prassi quotidiana, è però intriso di una sua filosofia che ne garantisce la compattezza e ce lo propone come riuscitissima concretizzazione di un progetto politico. « Le Code Napoléon [...] considéré dans son ensemble comme ne formant qu'une seule loi [...] cet esprit d'ensemble qui en unit toutes les parties », come si esprime con palese soddisfazione il primo dei grandi commentatori, Claude Etienne Delvincourt (28).

Ed è qui uno dei tratti distintivi che separa il complesso normativo napoleonico da tutti i precedenti esperimenti consolidatorii, legge esclusiva che cancella con un colpo di spugna il pluralismo giuridico del passato, che afferma un rigoroso monismo, che si colloca perfettamente nel clima del montante assolutismo giuridico divenendone una sua espressione speculare.

Se ne fa portavoce lo stesso Portalis, ossia, tra i redattori, il giurista più filosofo, più aperto a cogliere nel diritto naturale e nell'equità le valvole respiratorie integrative della legge positiva e nel ribadire un ruolo attivo del giudice: presentando il progetto al 'Corps législatif', il 28 ventoso dell'anno XII (1804), non ha per-

fernali), 1582 (vendita), 1604 (tradizione della cosa), 1659 (retrato convenzionale), 1702 (permuta), 1709 (locazione di cose), 1711 (locazione d'opere), 1800 (soccida), 1804 (soccida semplice), 1818 (soccida a metà), 1821 (soccida di ferro), 1832 (società), 1837 (società di tutti i beni presenti), 1841 (società particolare), 1875 (comodato), 1892 (mutuo), 1915 (deposito), 1956 (sequestro convenzionale), 1964 (contratti aleatorii), 1984 (mandato), 2044 (transazione), 2071 (pegno), 2095 (privilegio), 2114 (ipoteca), 2219 (prescrizione), 2228 (possesso).

(28) C. E. DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, Paris, Gueffier, 1813, T. I, p. V.

plexità nell'asserire che « la disposition la plus essentielle du projet » è quella soppressiva della vecchia pluralità di fonti ⁽²⁹⁾. E aggiunge, marcando con segno forte la discontinuità fra prima e poi: « cette disposition nous rappelle ce que nous étions, et nous fait apprécier ce que nous sommes », essendo — prima — l'ammasso stratificato delle fonti « un dédale mystérieux » ⁽³⁰⁾.

È significativo che una simile asserzione venga proprio dal giuriconsulto cui non sarebbe stato sicuramente discaro poter gettare un ponte fra passato e presente. È ancor più significativo che non si tratta di novità dell'ultimo minuto, di improvvisazioni dell'ultima ora, come qualcuno ha pur sostenuto per minimizzare tendenziosamente il fatto. Recenti ricerche di un giovane e valente storico italiano del diritto, Stefano Solimano, hanno appurato che a un siffatto risultato si era già pervenuti parecchi anni prima durante il lungo cammino gestazionale, nel 1801, all'atto della redazione del Progetto ⁽³¹⁾. All'estremo del cammino, Portalis non faceva altro che raccogliere una determinazione presa da tempo e tutt'altro che improvvisata.

9. *Sulla pretesa continuità fra Code Civil e tradizione giuridica dell'ancien droit: la ri-fondazione delle fonti di diritto.*

Abbiamo più sopra accennato a ipotesi continuistiche remote e recenti, che danno della codificazione civile napoleonica una interpretazione diametralmente opposta a quella fatta propria in questa Relazione. Poiché essa ci sembra assolutamente falsante la cifra storica del 'Code' e, per di più, fondata su grossolani equivoci cultu-

⁽²⁹⁾ FENET, *Recueil*, cit., T. I, p. XCII.

⁽³⁰⁾ « Quel spectacle s'offrait à nos yeux! On ne voyait devant soi qu'un amas confus et informe de lois étrangères et françaises, de coutumes générales et particulières, d'ordonnances abrogées et non abrogées, de maximes écrites et non écrites, de règlements contradictoires et de décisions opposées; on ne rencontrait partout qu'un dédale mystérieux dont le fil nous échappait à chaque instant; on était toujours prêt à s'égarer dans un immense chaos » (FENET, *Recueil*, cit., T. I, p. CXIII).

⁽³¹⁾ Si veda, S. SOLIMANO, *L'edificazione del diritto privato italiano: dalla Restaurazione all'Unità*, in Accademia Nazionale dei Lincei - Atti dei Convegni Lincei, 221 - *Il bicentenario del Codice Napoleonico* (Roma, 20 dicembre 2004), Roma, Bardi, 2006.

rali, vale la pena di sostarvi nel tentativo di rimuovere affermazioni — a nostro avviso — pretestuose.

Non crediamo necessaria una disamina minuta di affermazioni continuistiche provenienti, da parecchio tempo, da parte di giuristi francesi; quelle, per esempio, contenute nel 'Livre du centenaire' del 1904. Esse sono il frutto di un patriottismo culturale che coglie la storia di Francia da Filippo il Bello a Napoleone come un *continuum*, che vede nei cinque secoli intercorrenti il continuo progresso di un progetto politico-giuridico nazionale.

Ciò è solo parzialmente vero, e noi non abbiamo mancato di qualificare la Francia tardo-medievale come un autentico laboratorio della modernità, con un Re che si trasforma in legislatore e con la legge, cioè con la volontà potestativa del Re, che prende sempre più campo in un vero crescendo storico. Questo non è smentibile su un piano politico e non è nemmeno smentibile sul piano che più ci interessa, quello storico-giuridico, nel segnalarci il lento ma progressivo ridursi del diritto in una trama potestativa e legislativa⁽³²⁾.

È che questo atteggiamento generale si arresta a fine Settecento nel grande solco della Rivoluzione, si arresta per trasformarsi in una visione completamente rinnovata dell'ordine giuridico e delle sue fonti, in una percezione tutta nuova (perché poggiante su fondazioni nuove, quelle che sono messe a nudo con la ventata rivoluzionaria) del rapporto fra diritto e potere.

La Rivoluzione (preannunciata in non pochi aspetti dalla corrosiva riflessione illuministica) è per la storia e per la storia del diritto un solco, e solco profondissimo, che fa della vicenda giuridica francese da Filippo il Bello fino al maturo momento rivoluzionario, pur nella sua indubbia seminazione di modernità, una sorta di preistoria del 'Code civil', un accumulo di premesse che non sarebbero però mai diventate quel prodotto nuovo varato nel 1804 se non si fosse avverato il ripensamento eversivo e l'abbattimento delle vecchie strutture operati, esattamente sul piano della fondazione del diritto, negli anni dal 1790 al 1794.

(32) Si veda l'ampia e appagante analisi di I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine - Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, tutto il terzo capitolo.

Ci sia consentito di insistere su un punto così determinante, proprio per evitare l'accumulo di equivoci fuorvianti. Il 'Code Civil' è ben più di quello che può apparire a prima vista, ossia la fonte nella quale si opera quella razionalizzazione e sistemazione che non erano riuscite compiutamente ai precedenti legislatori; un Codice quale gradino ultimo di una lunga scala faticosamente ascesa dal supremo potere in Francia negli ultimi cinque secoli; il Codice quale coronamento di aspirazioni già presenti in parecchi sovrani e in giuristi teorici e pratici della tradizione francese.

Come si diceva più sopra, certamente il 'Code Civil' è anche tutto questo: è il diritto civile ridotto a sistema, è un sistema conchiuso apprezzabile per la sua organicità, per la sua « structure logique », come è segnalato nel titolo di un libro dedicatogli quasi cento anni fa ⁽³³⁾. Per lo storico del diritto, però, il 'Code' attinge la sua tipicità storica e la sua scintillante novità su un altro piano, ed è un piano sul quale non è assimilabile a nessun esperimento precedente: è infatti un modo tutto nuovo di concepire e risolvere la produzione del diritto e soprattutto in quella zona riottosa a ogni forma di ingerenza del potere che è stato per tutto l'antico regime il diritto della vita quotidiana del generico cittadino.

Sotto questo profilo è un atto di coraggio prima impensabile, è il vessillo alto di una nuova ideologia giuridica, che rompe clamorosamente con la tradizione del passato, è un modello nuovo di fonte del diritto civile. Gli si fa torto mescolandolo — e quindi confondendolo — con esperimenti precedenti, gli si rende ragione separandolo nella maniera più netta. Come ha egregiamente puntualizzato uno storico francese del diritto, cui si devono alcuni ripensamenti decisivi proprio sul tema della codificazione, il 'Code Napoléon' ci si presenta come il paradigma di quel « saut qualitatif », di quello « choc » apportato a livello di fonti dalla scelta codificatoria ⁽³⁴⁾.

Si deve ribadire che, sotto questo profilo, il 'Code' è figlio ge-

⁽³³⁾ J. RAY, *Essai sur la structure logique du Code Civil français*, Paris, Alcan, 1926.

⁽³⁴⁾ HALPERIN, *Codes et traditions culturelles*, in *Codici — Una riflessione di fine millennio*, cit., p. 224.

nuino della Rivoluzione interpretata rigidamente, almeno su questo punto, dal cittadino Bonaparte: l'esigenza di controllo di tutto il diritto, anche del diritto privato, da parte del potere politico. Lo Stato rigeneratore della società, quale è quello del momento più progettuale, il momento giacobino, non può che concepire un diritto legislativo, cioè un diritto che si esprime nelle fonti — emanazioni della sola potestà sovrana — che sono le leggi, leggi ammantate di democraticità grazie alla finzione della delega popolare, ma che rappresentano nella loro storica sostanza una volontà autenticamente potestativa.

Nei primi anni dell'Ottocento e nel 1804, come si è avuto l'opportunità di accennare più sopra, l'ènfasi rigenerativa è in buona parte caduta, ma non è caduta, anzi si è intensificata nella nascente dittatura bonapartista, l'esigenza di orientare e controllare la società, di plasmare il sociale secondo i programmi del regime, senza nulla concedere a fonti che nascono dal basso — fattuali e particolari — come le consuetudini, che, proprio per la loro natura, sfuggono al controllo di un potere centrale e centralizzante, concedendo il meno possibile a fonti ugualmente centrifughe quali dottrina e giurisprudenza pratica.

Ma un'altra e determinante considerazione si deve fare. La Monarchia, fino all'89, se è percorsa nei sovrani e ministri più consapevoli da istanze innovative, desidera tuttavia razionalizzare istituzioni e strutture arrivate sino al presente, un presente ritenuto perfettibile ma intrinsecamente accettabile. Al contrario, la Rivoluzione, nella sua maturità progettuale, intende cancellare un presente ritenuto pessimo, costruire un futuro su basi nuove operando una rigenerazione della società. Il futuro lo si può edificare solo cancellando e azzerando tutta la vecchia fondazione sociale e sostituendo ai valori della vecchia 'constitution coutumière' nuovi valori capaci di disegnare una nuova *constitution*; e rigenerare, nell'ottica giacobina, significa offrire nuovi principii, quelli di cui parlava Robespierre nel discorso sopra citato, dai quali soltanto può scaturire il nuovo costume politico e sociale idoneo a fungere da tessuto connettivo dello Stato.

Le ipotesi continuistiche, che abbiamo visto affiorare recentemente — pur se con apporti modesti e sparuti — anche in Italia, sono ipotesi fragilissime perché segnate e condannate da una vi-

ziente inconsapevolezza culturale, legittimate ai nostri occhi unicamente dalla smania di originalità dei proponenti alla ricerca di facili applausi.

Ci rifiutiamo di perder tempo per confutare chi, e c'è pur stato, ha preteso di vedere, anche sul piano delle fonti, una perfetta continuità fra *ancien droit* e codificazione napoleonica, non volendosi render conto dell'evidenza, ossia, come abbiamo nelle righe precedenti ribadito, di un paesaggio giuridico che era pluralistico e che si stravolge assumendo un compatto volto monistico, un paesaggio del passato dove — se si moltiplicano gli interventi del Re per il tramite delle sue *Ordonnances* — queste dovevano convivere con un tessuto giuridico di altro stampo e, per di più, ritenuto inamovibile. L'inamovibilità nasceva da un atteggiamento generale sedimentatosi nel millennio medievale e pos-medievale e arrivato sostanzialmente intatto fino alle soglie della Rivoluzione: una psicologia collettiva di rispetto per il passato e per la tradizione che di quel passato portava il respiro a intridere il presente, una coscienza collettiva che avvertiva l'autorità incombente della tradizione; psicologia e coscienza talmente penetrate fin nelle ossa di uomini e comunità che soltanto un rivolgimento sanguinario ed eversivo poteva annientare distruggendo l'intero edificio socio-politico-giuridico.

10. *Sulla pretesa continuità fra Code Civil e tradizione giuridica dell'ancien droit: la struttura architettonica e le pietre angolari.*

Un tal discorso ci conduce pianamente ad affrontare e confutare altre ipotesi continuistiche apparentemente più persuasive: quelle che puntano sui contenuti del 'Code Civil'. Si dice: nel 'Code', nelle sue nervature interne, non sono poche le tracce dell'*ancien droit*; non pochi sono i contributi ispiratori di Domat, di Pothier, ma addirittura di quel grande pratico che fu Bourjon, ma addirittura dello stesso *droit coutumier* a cominciare dalla *coutume* di Parigi.

Due sono le notazioni da fare.

Nella visione dei redattori, non si tratta di valorizzazioni dell'*ancien droit*, ma del *droit français*, cioè di quel diritto nazionale, legato alla vicenda storica del popolo francese, che aveva fatto della

Francia una entità giuridica in qualche modo indipendente e separata dalla grande coinè del diritto comune e dai diritti nazionali degli Stati confinanti. Il rifarsi a certe istituzioni del vecchio *droit coutumier* non è omaggio alla autorità del passato, è piuttosto autentico nazionalismo giuridico.

La seconda notazione (e di maggiore rilievo) concerne il rapporto strettissimo fra queste scelte e la forte presenza del Principe in seno alla stessa commissione. Anche se si sfiora il ridicolo nel voler precisare, con una contabilità ragionieristica, il numero delle sedute a cui Bonaparte partecipò⁽³⁵⁾, è però positivamente appurato che egli non si limitò a benedire da lontano il lavoro dei redattori, ma, afferrando con lucidità l'enorme rilievo del diritto per la coesione dello Stato e per la capacità ordinativa del potere centrale, cercò di modellarlo in una guisa congeniale al proprio progetto politico. E qui il Còrso dimostrò apertamente tutta la sua disinvoltura nei confronti del complesso retaggio rivoluzionario. Infatti, se fece suo il panlegalismo della Rivoluzione perché a lui giovevole, preferì in parecchi casi dimenticare e lasciar cadere innovazioni troppo libertarie degli anni più accesi per il grosso carico di rischio che ai suoi occhi rappresentavano.

L'esempio del diritto di famiglia è, in proposito, assai persuasivo. Vengono rimosse soluzioni eversive del passato prossimo per riesumare soluzioni di un passato più remoto (come l'ingigantita potestà maritale). L'organizzazione giuridica del ceppo familiare è al cuore del disegno restaurativo di Bonaparte, giacché una famiglia gerarchicamente ordinata è garanzia per l'intera realtà statale. Non è per un omaggio all'*ancien droit* che si riafferma la struttura tradizionale, ma in base a un preciso calcolo politico che strumentalizza una scelta altrimenti poco giustificabile.

Precisato questo, è doveroso però richiamare quanto puntualizzavamo più sopra in tema di soggetto e beni: la gabbia concettuale che sorregge il 'Code', cioè il suo contenuto essenziale, è novissimo. Il soggetto unitario e astratto e l'unicità dei beni sono lì a dimo-

⁽³⁵⁾ Cfr., a mero titolo d'esempio, E.M. THEEWEN, *Napoléons Anteil am Code Civil*, Berlin, Duncker u. Humblot, 1991, che fissa a 59 su 102 le sedute presiedute da Bonaparte (p. 62).

strarlo; soprattutto quel soggetto ridotto a entità astratta anche sotto il profilo religioso, e la cui laicità segnala l'appartenenza a un pianeta che nulla di continuo ha con quello precedente.

Se, poi, dai suoi fondamenti soggettivo ed oggettivo noi scendiamo agli istituti-pilastrini della sua struttura, proprietà e contratto, la conclusione esce convalidata. Non più *le* proprietà dell'antico diritto, estremo rimasuglio medievale, ma *la* proprietà unica legata alla libertà dell'individuo, di lui specchio e di lui ombra sulle cose⁽³⁶⁾. Non più soltanto *i* contratti, ma *il* contratto, lo scambio libero del consenso e testimonianza di una volontà individuale, che è libera nella invenzione dei proprii strumenti negoziali purché non si infrangano i confini ben segnati dallo Stato autoritario.

È ovvio che, sul piano dei contenuti, il passato possa far sentire la sua voce all'interno del Codice in qualche regola o in qualche principio particolare. E non soltanto perché preme a Bonaparte e alla sua politica di riesumare taluni cadaveri che la Rivoluzione aveva ben sepolto (richiamavamo sopra l'esempio del diritto di famiglia), ma anche per la elementarissima ragione che il 'Code' non è una nuvola che galleggia alta sopra un paesaggio storico, ma è piuttosto un ordinamento nuovo di questo paesaggio concreto. Il quale viene, secondo noi, modellato e rinnovato nel suo disegno generale, nei suoi principii fondativi, nelle sue fonti, insomma nella sua struttura, ma che non nasce dal nulla.

L'esperienza giuridica della vita quotidiana pre-rivoluzionaria può ancora incalzare e anche insinuarsi nella trama del diritto codificato in qualche istituto particolare. Non dimentichiamo che i fattori di talune persistenze possono essere (e positivamente sono) gli stessi giuristi redattori, che, come sottolineeremo nelle conclusioni, sono personaggi educati nell'antico regime e spesso coinvolti nella prassi giuridica dei vecchi Parlamenti. Ciò lo darei per scontato, ma non può modificare una valutazione basata sulla architettura codicistica e sul suo disegno essenziale.

⁽³⁶⁾ Su questo punto — sia detto per inciso — lo stacco con l'austriaco e presoché coetaneo ABGB è nettissimo, giacché in quest'ultimo continuano a imperversare un dominio diretto e un dominio utile secondo la ricostruzione risalente all'epoca dei Glossatori.

Ci siano consentiti due esempi, che toccano la proprietà privata individuale, il vero perno su cui e intorno a cui si sviluppano tutti e tre i libri del 'Code', dal primo dove le persone sono prevalentemente individuate come titolari attuali o potenziali di un patrimonio, al secondo dedicato direttamente al tema, al terzo che accomuna una serie di negozi assai diversi sotto l'insegna di strumenti circolatori della proprietà.

Come abbiamo già precisato, non v'è dubbio che siamo di fronte a una proprietà liberata, a una proprietà unica e unitaria, ed è ben dimostrativo di questo l'articolo definitorio, il 544, che la qualifica come « il diritto di godere e disporre di una cosa nella maniera la più assoluta »⁽³⁷⁾. Mal si concilia, tuttavia, all'interno dell'articolo la assolutezza dei poteri conclamata in una ipèrbole enfatica con la fissazione dei suoi contenuti nel godere e nel disporre. A nostro avviso, e lo abbiamo da tempo segnalato⁽³⁸⁾, è il riemergere dal subconscio dei redattori di una nozione vecchissima di *dominium* quale fascio di poteri elaborata nei fasti aurei dello *ius commune* e trascinatasi stancamente fino alla Rivoluzione.

Ancora: nella intitolazione del libro secondo si parla 'Dei beni e delle differenti modificazioni della proprietà', identificando in queste ultime i cosiddetti diritti reali limitati; i quali era legittimo definire in questo modo, coerentemente con la vecchia nozione composita e non unica di proprietà, all'interno della quale il diritto reale limitato si poneva come frazione, frazione modificante la struttura di quella, ma che risultava tecnicamente illegittimo a fronte di un nuovo modello proprietario, compatto e non componibile, cioè non modificabile ma soltanto comprimibile da parte di un usufrutto o di una servitù prediale.

Anche qui sono chiare le reliquie nei compilatori di vecchie nozioni insinuàtesi nel profondo della loro mentalità di uomini educati ben prima del 1789.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi, e sarebbe facile trovare

⁽³⁷⁾ Citiamo dalla traduzione ufficiale italiana redatta nel 1806 per fungere da norma fondamentale del Regno fantoccio d'Italia.

⁽³⁸⁾ Cfr. P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà* (1977), ora in ID., *Il dominio e le cose — Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 453.

tracce di un insegnamento di Pothier, una regola di prassi isolata da Bourjon, la soluzione consolidata in una *coutume*. Tracce, inserimenti nel grande tessuto del 'Code', dove — dissezionando — è agevole isolarli; ma le dissezioni convengono all'istologo, non allo storico, che non deve mai abbandonare la visione del contesto, il progetto complessivo che ridà la giusta dimensione ai singoli frammenti.

Guai, se, per tornare all'esempio della proprietà, non andassimo oltre il rilievo della aporia e della antinomia, e, abbacinati da queste, volessimo vedere nella costruzione codicistica un *continuum* con il regime passato della proprietà divisa.

11. *Qualche conclusione e anche qualche cautela metodologica per lo storico del diritto.*

Non amiamo le conclusioni isolate dallo svolgimento, come non amiamo le morali terminali delle favole. Generalmente le abbiamo evitate, affidando il messaggio alla sperata limpidezza del discorso. Poiché, però, sul tema della codificazione napoleonica c'è un dibattito non soltanto acceso ma segnato da settarismi, unilateralità e intolleranze culturali, a costo di incorrere in ripetizioni fastidiose per il lettore, riassumiamo nel modo più conciso possibile le scelte di fondo che legittimano lo storico a sorprendere nel 'Code Civil' una soluzione improntata a spiccata novità.

Le quali ci sembrano consistere:

a) nel cancellare il pluralismo giuridico riducendo il diritto, tutto il diritto, in un sistema di volontà potestative, di leggi;

b) nel risolvere legislativamente i problemi della vita quotidiana dei privati;

c) nel far propria una nozione astratta — quindi generale — e perfettamente ugualitaria di soggetto, di bene, di rapporto giuridico.

A queste scarse conclusioni aggiungiamo un richiamo, che riteniamo doveroso, su alcune cautele assolutamente necessarie per la solidità della analisi storico-giuridica delle fonti.

Recenti pretese revisioni si fondano interamente sui lavori preparatorii. È senz'altro giovevole esaminarli a fondo, muniti però

della consapevolezza che si tratta di un immenso calderone, dove è possibile trovare argomenti per ogni interpretazione. Essi non possono essere utilizzati sparsamente, isolando qualche voce. Così operando, si ha la certezza di trovare affermazioni a favore della propria tesi, ma è ugualmente certo che si possono reperire altrettante smentite. Debbono essere invece valutati nel loro complesso e complessivo svolgersi, dove si stemperano le contraddizioni dei compilatori, talora umanamente mutevoli nelle proprie convinzioni, talora costretti a esternazioni pubbliche non sincere a causa di presenze incombenti (come quella del Primo Console, a far data da un certo momento). Il più celebrato dei redattori, Portalis, l'aperto difensore nel 'Discours préliminaire' del diritto naturale e dell'equità, non manca di affermare durante i lavori che « la loi est toute puissante »⁽³⁹⁾ o che « à la loi seule appartient de disposer dans l'ordre civil, car la nature ne dispose que dans l'ordre moral et physique »⁽⁴⁰⁾.

Una seconda cautela concerne l'eccessivo far conto sulle idee espresse dai singoli redattori. Infatti, la Commissione, nella sua componente tecnica, è dominata da giuristi che avevano a lungo operato nel tessuto giuridico dell'antico regime come avvocati presso i vari Parlamenti, Tronchet a Parigi, Portalis a Aix, Bigot de Préameneu a Rennes, Maleville a Bordeaux, tutti « des modérés, peu enclins à révolutionner le droit », come si esprime un eccellente conoscitore della formazione del 'Code'⁽⁴¹⁾. Saranno loro a mantenere il 'Code' nella sua sobria figura di sistema coerente di strumenti tecnici, senza svolazzi teorici né tentazioni di velleità filosofiche. Per la verità, come si è già più sopra accennato, uno che tendeva un po' a filosofeggiare pur c'era, ed era Portalis⁽⁴²⁾, l'autore di un 'Discours préliminaire' filosoficamente impegnato e sostenitore della introduzione del 'Livre préliminaire', scelta — quest'ultima — che non tarderà a fare naufragio nell'itinerario di for-

(39) FENET, *Recueil*, cit., T. XII, p. 272.

(40) FENET, *Recueil*, cit., T. X, p. 357.

(41) J.-L. HALPERIN, *Le Code Civil*, Paris, Dalloz, 1996, p. 18.

(42) HALPERIN, *Le Code Civil*, cit., p. 17 (« fait figure de 'philosophe' de la Commission »).

mazione del testo legislativo ⁽⁴³⁾. Il ‘Discours’ stesso, come testimonianza di lirismo giuridico galleggia sopra il contesto codificato.

Queste ultime parole servono egregiamente per accennare a un’ultima cautela: cautela a trovare appoggi nel ‘Discours’ portalisiano a favore della propria interpretazione dell’opera codificatoria; quel ‘Discours’, ridotto ormai a semplice moncone del complessivo progetto personale del giurista, galleggia — ripetiàmolò pure — sulla struttura positiva di un Codice potato delle pericolose aperture che il più filosofo dei redattori avrebbe forse gradito, aperture che l’omnipresente Principe e la stragrande maggioranza del ‘Conseil d’Etat’ e del ‘Tribunat’ reputava un rischio per la compattezza e la controllabilità dell’ordine giuridico. Con una frase volutamente un po’ troppo radicale ma sostanzialmente esatta si potrebbe affermare che la redazione definitiva del ‘Code Civil’ nel 1804 segna la sconfitta di Portalis.

Il ‘Discours’ è il messaggio d’un uomo di scienza e di prassi, e ne esprime le persuasioni dottrinali. Di un uomo di scienza, per giunta, che ha vissuto per quasi cinquanta anni della propria vita (era nato nel 1746) sotto l’impero dell’antico regime e dell’antico diritto, che in quel clima ha avuto la sua educazione intellettuale e la sua formazione tecnico-giuridica. Il suo è, se vogliamo, un atto di fede. Nell’impeto di un trasporto che è di scienza e di credenza, egli non si dà troppa cura di valutare se la sua voce rispecchiava quella collettiva del Principe e dei suoi tecnici, voce impersonale del legislatore, o se piuttosto recava soltanto il suo personalissimo timbro.

Intendiàmocì: si tratta di pagine di grande respiro culturale, piacevoli a leggersi sia per la passione autentica di cui erano portatrici, sia per lo stile altissimo venato di una misurata e suadente retorica. Sono pagine di un grande lirismo giuridico, che spicca a fronte dello stile volutamente secco, piano, neutrale degli articoli del Codice. Una poesia che risalta sulla prosa della vita quotidiana che il Codice si limita a disegnare, disdegnando i voli sopra le cose

⁽⁴³⁾ Cfr. B. BEIGNIER, *Portalis et le droit naturel dans le Code Civil*, in *Revue d’histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1988, n. 6, che riporta la dura requisitoria di un giovane e virulento tribuno, il Mailla-Garat.

e impregnato invece di sano anche se non allettante realismo. Di questo ci si rende conto, sia leggendo l'interezza dei lavori preparatorii, sia esaminando il tessuto in cui si distende il Codice; ed emerge la poca coerenza fra la poesia del 'romantico' Portalis e il razionalismo asciutto del Codice.

Una conclusione finale: esaminando il 'Code' nella sua preparazione faticosa, globalmente, senza indulgere a strategie isolanti e separatorie di opinioni e di atti (non dimentichiamoci mai che le dissezioni convengono all'istologo e non allo storico); esaminandolo nel complesso della sua struttura positiva, esso risalta quale creatura nuova, fonte nuova per la nuova civiltà giuridica post-illuministica e post-rivoluzionaria. Disconoscere questa sua specularità significa tradire la sua essenziale cifra storico-giuridica.

LUCIEN JAUME

LE CODE CIVIL AVAIT-IL POUR FINALITÉ DE TERMINER LA RÉVOLUTION FRANÇAISE? (1)

1. Dépolitiser, c'est terminer la Révolution par le Code civil. — 2. Un choix éminemment politique. — 3. Une longue controverse: la Révolution ne se termine pas.

Il y a chez Prévost-Paradol, dans *La France nouvelle* (1868), une formule dont on considère généralement qu'elle caractérise bien la Révolution, son bilan, son devenir et son paradoxe. Si, écrivait cet auteur, on examine la situation nationale depuis 1789 « on en vient bientôt à comprendre que la Révolution française est encore inachevée en ce qui touche l'ordre politique, tandis qu'elle a enfanté un ordre social dont la tempête n'a fait jusqu'ici qu'éprouver la solidité et qui semble inébranlable. On ne saurait donc trop le redire: la Révolution a fondé une société, elle cherche encore son gouvernement » (2). Du fait de cette association dans la Révolution entre un succès (la société) et un échec (les institutions politiques), on observe durant le XIX^e siècle une dynamique de conflits qui est constamment relancée et une même interrogation reprise sur plusieurs générations: « Comment arrêter la Révolution? ».

Si, dans la fameuse proclamation des consuls (24 frimaire an

(1) Version remaniée d'une communication présentée au colloque « La genèse du Code civil des Français », organisé par le Sénat et l'Association française pour l'histoire de la justice (Sénat, 22-23 novembre 2004).

(2) A. PRÉVOST-PARADOL, *La France nouvelle*, présenté par Pierre Guiral, Paris, 1981, p. 250.

VIII), Bonaparte peut dire que « la Révolution est finie », il exprimait là une espérance plus qu'une réalité et qui ne pouvait commencer à prendre corps que par l'entreprise d'un code civil. En effet, considérant que la société avait été réduite en poussière, en grains de sable (selon d'autres formulations célèbres), Bonaparte cherchait ce qui viendrait cimenter ou « cohésionner »⁽³⁾ la société nouvelle. Il ne pouvait espérer terminer la Révolution qu'à l'aide des « masses de granit », en ce qui concerne la relation entre la société et l'Etat⁽⁴⁾, et à l'aide du Code civil en matière de relations proprement sociales.

Mais quelle était donc cette « société » que la Révolution aurait fondée et dont le Code devait configurer les éléments? Comme on le sait, il y eut bien des tentatives sous la Révolution, en comptant les trois essais infructueux de Cambacérès, août 1793, septembre 1794, août 1796⁽⁵⁾, en relevant aussi les divergences appréciables au sein de la commission nommée par arrêté consulaire du 22 septembre 1800. L'un, comme Portalis, souhaite favoriser le droit romain qu'il connaissait en Provence, l'autre, comme Tronchet, penchait pour le droit coutumier du Nord, etc.⁽⁶⁾. Les enjeux étaient importants, par exemple en matière de puissance paternelle, déjà longuement débattue dans les essais antérieurs, ou pour la liberté de tester. On sait que c'est l'idée de « transaction », terme souvent employé par Portalis, qui, aux yeux des rédacteurs, rendait compte du résultat final: « Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction entre le droit écrit et les coutumes »⁽⁷⁾.

Cet esprit de transaction permettait aux rédacteurs de se défen-

(3) Texte cité par Jean-Luc A. CHARTIER, *Portalis père du Code civil*, Paris, Fayard, 2004, p. 207 (*Mémorial de Saint-Hélène*).

(4) Une bonne synthèse se trouve chez J.-J. CHEVALLIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France moderne*, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd., 1967, p. 165.

(5) Le projet Jacqueminot, présenté le 30 frimaire an VIII devant la Commission législative des Cinq-Cents, n'a pas été discuté.

(6) Sur ces divergences, voir P. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution (1789-1804). Essai d'histoire sociale*, Paris, Hachette, 1898, pp. 392-393.

(7) Portalis, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement, 1^{er} pluviôse an IX ». Nous utiliserons l'édition commode sous la direction de F. EWALD, *Naissance du Code civil*, Paris, Flammarion, 1989, qui donne, à chaque fois, les références au recueil Fenet. Passage cité p. 52.

dre de l'accusation de table rase dont on leur fit souvent grief du côté des adversaires de la Révolution. Le Code fonde une société, pour reprendre la formule de Prévost-Paradol, mais il ne la recrée pas *ex nihilo*: tout le soin de Portalis va être d'expliquer que, par rapport aux excès révolutionnaires, on ne violente pas la nature et on ne crée pas non plus un peuple entièrement nouveau comme le prétendaient nombre de Jacobins ⁽⁸⁾. Les uns, comme Portalis, se réfèrent au droit naturel, les autres comme Roederer, avancent l'idée d'instauration de l'*ordre* ⁽⁹⁾ mais leur commun espoir est de terminer la Révolution, au sens où il n'y a plus à bouleverser, il n'y a plus d'abus à renverser.

En fait, si l'on compare les divers projets présentés par Cambacérès et si l'on écoute le discours des rédacteurs du Code, l'opération de codification est plus complexe qu'ils ne le disent et, peut-être même, qu'ils ne parviennent à le concevoir de façon claire: c'est un acte *politique* d'une grande portée, mais qui ne peut se dire comme tel qu'à de certains moments et comme dans les parenthèses du discours. D'ailleurs, les adversaires le savent; loin de terminer la Révolution, le Code provoque une longue controverse où la philosophie de l'individu, de l'association, du contrat, de la filiation entre les générations, crée une division entre, d'un côté, les modernes, de l'autre, les conservateurs qui ne trouveront jamais en France l'équivalent et l'éclat d'un Burke. Fiévée par exemple, ou Montlosier — dont nous aurons à parler —, ne présentent pas une alternative crédible; le « féodalisme libéral » était une chimère non viable. Quant à Tocqueville, analyste de la question de la division des propriétés, théoricien de ce qu'il appelle la « démocratie », il porte un coup très dur (sinon fatal) aux regrets légitimistes.

On étudiera d'abord le double aspect du discours voulant justifier l'entreprise de la codification. Double aspect, c'est-à-dire en premier lieu le choix de *dépolitiser* les relations sociales pour termi-

⁽⁸⁾ Ainsi Le Peletier, qui écrivait en tête de son projet d'éducation publique: « Considérant à quel point l'espèce humaine est dégradée par le vice de notre ancien système social, je me suis convaincu de la nécessité d'opérer une entière régénération et, si je peux m'exprimer ainsi, de créer un nouveau peuple ». Voir ci-dessous, note 60.

⁽⁹⁾ Sur le texte capital de Roederer en la matière, publié le lendemain du projet Cambacérès n. 3, voir nos analyses ci-dessous.

ner la Révolution par le Code; mais, en second lieu, et chez les mêmes acteurs, le choix éminemment politique qui s'opère en cela et qui s'avoue par moments. A cet ensemble de justifications fait face un discours permanent durant le XIX^e siècle, nourri de l'évidence que génère la controverse elle-même: la Révolution ne se termine pas, elle ne cesse de rebondir, elle concerne le mode de vie et la société qui est en train de prendre naissance. Aujourd'hui, nous pouvons dire que si nous avons toujours le Code civil, nous oublions trop la guerre dont il était porteur, ce qui ne nous aide pas, à la différence de nos aïeux, dans les choix vis-à-vis du monde qui vient.

1. *Dépolitiser, c'est terminer la Révolution par le Code civil.*

Le paradoxe de l'idéologie révolutionnaire tient tout entier dans le discours des droits de l'homme: le retour à la nature (aux droits de l'homme et du citoyen) est un « rétablissement », mais c'est en même temps un bouleversement. La justification de la Révolution des modérés (le personnel de la Constituante) est qu'on ne peut que rétablir le vrai⁽¹⁰⁾ et le naturel, et, par là, le juste. La « régénération » de la nation, comme l'a montré Mona Ozouf, n'est pas identique à la régénération de 1793 qui aspire à créer un peuple nouveau⁽¹¹⁾.

Aussi, dans son « Discours préliminaire » devant le Conseil d'Etat, Portalis prend soin d'expliquer que le Code civil ne peut nullement se confondre avec l'esprit révolutionnaire: il n'est pas *issu* de l'esprit révolutionnaire. Qu'est-ce donc que l'esprit révolutionnaire?

« Nous appelons *esprit révolutionnaire* le désir exalté de sacri-

⁽¹⁰⁾ Sur les droits de l'homme comme « axiomes vrais », on renverra aux analyses de Michel TROPER, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789*, dans M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, notamment pp. 326-327.

⁽¹¹⁾ Cf. Mona OZOUF, *L'homme régénéré*, Paris, Gallimard, 1989 et l'article *Régénération* dans le *Dictionnaire critique de la Révolution française*, sous dir. F. Furet et Mona Ozouf, Paris, Flammarion, 1989. Voir également notre étude: *L'Etat jacobin ou le constitutionnalisme en procès*, dans *L'Etat moderne, 1715-1848*, sous dir. S. Goyard-Fabre, Librairie philosophique J. Vrin, 2000, pp. 205-226.

fier violemment tous les droits à un but politique, et de ne plus admettre d'autre considération que celle d'un mystérieux et variable intérêt d'Etat » (12).

On voit que l'esprit révolutionnaire est décrit comme peu soucieux et peu ménager de la société: c'est au Moloch étatique qu'il sacrifie. L'esprit révolutionnaire est donc créateur de politisation, dans la mesure où le politique est le fait, ici, de l'Etat, qui dirige le conflit civil et favorise un groupe au pouvoir. Portalis le dit encore plus clairement dans la même page:

« Toute révolution est une conquête [...]. On est emporté par le besoin de rompre toutes les habitudes, d'affaiblir tous les liens, d'écartier tous les mécontents. On ne s'occupe plus des relations privées des hommes entre eux: on ne voit que l'objet politique et général; on cherche des confédérés plutôt que des citoyens. Tout devient droit public » (13).

Le politique a l'avantage du point de vue général, et l'on sait que Portalis, toujours soucieux de diversité et d'équilibre, a cependant admis la généralité comme schème de la codification (14); mais, pour lui, le politique n'a que trop tendance à violenter les réalités spécifiques qui composent la société. Du point de vue du droit civil, chaque individu devrait être pris comme une réalité en

(12) PORTALIS, *Discours préliminaire*, éd. cit., p. 37. Comme souvent, Portalis reprend textuellement un passage de l'ouvrage qu'il écrivit en exil, après sa fuite au 18 Fructidor: *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le dix-huitième siècle*, écrit en 1798-1799, publié par son fils en 1820. Nous citerons d'après la deuxième édition, Paris, Moutardier, 1827; ici t. 2, p. 495. C'est dans cet ouvrage qu'il faut rechercher les soubassements philosophiques de la pensée de Portalis.

(13) Il est curieux que Montesquieu (souvent paraphrasé par Portalis) prenne « confédérés » au sens opposé: l'individualisme chez les Anglais est tel qu'on y trouve « plutôt des confédérés que des concitoyens » (*Esprit des lois*, XIX, 27).

(14) Comme le signale J.-L. CHARTIER (*op. cit.*, p. 160 et 168), Portalis s'est rallié à l'uniformisation devenue nécessaire bien qu'il ait critiqué auparavant, avec Montesquieu, « les idées d'uniformité », dans son ouvrage sur *L'esprit philosophique*. Cependant, comme on le voit dans le *Discours préliminaire* (éd. cit., pp. 40-41), Portalis tient ferme sur ce qu'il appelle les « codes des nations policées », où se constate une « prévoyance scrupuleuse qui multiplie les cas particuliers »; et d'ajouter: « Nous n'avons donc pas cru devoir simplifier les lois au point de laisser les citoyens sans règle et sans garantie sur leurs plus grands intérêts ». Dans ce même discours, Portalis admet aussi le jugement en équité.

soi, il faut le considérer, écrit Portalis, « comme la société tout entière » (15). Là encore, il a lu et médité Montesquieu qui écrivait que la loi civile « avec des yeux de mère, regarde chaque particulier comme toute la cité même » (16). Montesquieu est omniprésent dans le « Discours préliminaire », car toute la réflexion de Portalis porte sur l'accord entre la loi et les mœurs, grand thème, comme on le sait, de Montesquieu, mais aussi des Lumières, et que Tocqueville continuera dans *De la démocratie en Amérique*. Il s'agit donc pour l'auteur du Discours de montrer que les principes du chapitre XIX de *L'Esprit des lois* (17) ont été compris et suivis. « Les lois ne sont pas de purs actes de puissance », écrit Portalis, reprenant textuellement une formule de Montesquieu (XIX, 14). Mais, chez Montesquieu, il s'agit de critiquer le modèle de la souveraineté (18), ce qui n'est nullement le cas chez Portalis. Néanmoins, c'est l'idée de la volonté comme source d'un commandement abstrait, général et éventuellement arbitraire que le texte de Portalis tente de repousser: la dépolitisation des relations sociales doit s'accompagner d'un antivolontarisme affiché — bien que, parfois, ce serait innover, écrit Portalis, que de se refuser à l'innovation (19). On remarquera que l'auteur, toujours dans le Discours, donne aux lois les attributions que l'on accordait, en France au roi: « Ce sont des actes de

(15) « Dans le droit politique, les individus ne sont rien: il s'agit de sauver la chose publique. Dans le droit civil, tout se réduit aux particuliers: chaque individu est considéré comme la société tout entière ». Texte cité par L. SCHIMSÉWITSCH, *Portalis et son temps*, thèse en droit, Paris, Les Presses modernes, 1936, p. 251.

(16) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XXVI, 15.

(17) « Des lois dans le rapport qu'elles ont avec les principes qui forment l'esprit général, les mœurs et les manières d'une nation ». Comme l'écrit Jean Carbonnier, le « Discours préliminaire » « était, fond et style, tout entier nourri de *L'Esprit des lois* » (article *Code civil*, dans *Les lieux de mémoire*, sous dir. P. Nora, II-2 (La Nation), Paris, Gallimard, 1986, p. 294). Les commentateurs de Portalis n'ont pas toujours remarqué cette filiation qui tourne parfois au pastiche.

(18) Sur cette critique du modèle de la souveraineté chez Montesquieu, voir notre ouvrage *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Fayard, 2000, chapitre II. A ce point de vue, nous insistons sur l'importance de la loi naturelle chez Montesquieu, contrairement à la thèse répandue.

(19) Le « Discours préliminaire » dit: « Il faut changer quand la plus funeste de toutes les innovations serait, pour ainsi dire, de ne pas innover » (éd. cit., p. 52).

sagesse, de justice et de raison » (20). On entend ici un écho de « l'esprit de conseil, de justice et de raison » qui était revendiqué par le prince, par exemple chez Louis XV dans la fameuse séance de la Flagellation (21). D'où, finalement, le concept de « transaction » cher à Portalis, transaction entre la loi et la coutume, mais aussi entre la volonté étatique et l'état des manières (22).

La question des mœurs est réellement un enjeu du Code civil, peut-être aussi son socle philosophique. On voit par exemple Portalis procéder à une *réduction* non pas phénoménologique mais anthropologique des usages, pour dégager ce qu'est le mariage « considéré en lui-même et dans ses effets naturels, indépendamment de toute loi positive » (23). Il arrive à cette étrange formulation d'un contrat perpétuel (24), « perpétuel par sa destination », laquelle est de permettre l'engendrement, et donc la reproduction de la famille. Ni acte civil ni acte religieux, le contrat en question serait un « acte naturel » et de droit naturel, réglant les égards mutuels, les devoirs entre « êtres raisonnables et sensibles » (25).

(20) *Ibid.*, p. 34.

(21) Il faut remarquer également que Portalis confère à la codification ce que Necker donnait à l'opinion publique: le mobile est le même, atténuer les risques d'arbitraire qui menacent le discours monarchique. Voir notre étude: *L'opinion publique selon Necker: entre concept et idée-force*, in *L'avènement de l'opinion publique. Europe et Amérique, XVIIIe-XIXe siècles*, sous dir. J. Fernández Sebastián et Joëlle Chassain, Paris, L'Harmattan, 2004, pp. 33-50. Par ailleurs, si Portalis ne manque jamais d'honorer et de flatter Bonaparte, « le héros que la nation a établi son premier magistrat », il déconnecte en quelque sorte cet hommage de la qualité spécifique qui s'attache aux lois; d'ailleurs, la formule venue de Montesquieu fait suite, de près, à l'éloge de Bonaparte. La loi n'est pas la volonté de Bonaparte.

(22) Les « manières » sont, d'après Montesquieu, les formes extérieures que revêtent les mœurs, et Portalis reprend la définition.

(23) « Discours préliminaire », éd. cit., p. 56.

(24) Certains auteurs ont parlé d'un « coup de force juridique », mais il nous semble que la question devrait être reprise. Voir la contribution d'Irène Théry et Christian Biet, « Portalis ou l'esprit des siècles. La rhétorique du mariage dans le Discours préliminaire au projet de Code civil », (dans Id., sous dir. de), *La famille, la loi, l'Etat, de la Révolution au Code civil*, Paris, Edit. du Centre Georges Pompidou/ Imprimerie nationale, 1989.

(25) *Ibid.*, p. 54. Condorcet n'est pas loin dans cette formulation. Il avait écrit que les droits de l'homme peuvent « se déduire de cette seule vérité qu'il est un être

Fondé sur les mœurs, l'acte codificateur devrait ainsi s'affranchir du conflit entre le civil et le religieux, qui va pourtant rebondir avec la question du divorce (26).

Si nous considérons maintenant la réflexion de Roederer, on retrouve la préoccupation d'une philosophie des mœurs, nécessaire pour fonder la relation sociale après le maelström révolutionnaire. Dès le printemps de 1793, dans un « Cours d'organisation sociale » qu'il donne au Lycée, Roederer analyse la question des mœurs dans une société d'individus libres, égaux et propriétaires pour les uns, salariés pour les autres. La première source des mœurs, selon Roederer, se trouve dans la législation civile: « C'est dans les lois civiles que se trouvent les fondements du bonheur public. C'est là aussi qu'est l'origine des mœurs » (27).

Mais il ne faut pas voir dans la législation civile l'effet d'une action directe du pouvoir gouvernemental; il est clair qu'en ce printemps 1793, Roederer vise les idées jacobines et, plus largement, montagnardes: « Ceux qui ont cru que tout venait du gouverne-

sensible, capable de former des raisonnements et d'acquérir des idées morales » (*Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, et dans d'autres textes). Portalis ne doute pas de la liberté et de la raison de l'être humain, et il serait erroné de le ranger parmi les partisans de l'utilitarisme matérialiste, comme cela a été parfois dit; il stigmatise, par exemple, « les lâches combinaisons de l'intérêt personnel » ou « les calculs du vice ». Il n'y a d'ailleurs pratiquement aucun révolutionnaire qui fonde la vie sociale sur l'égoïsme calculateur ou l'intérêt bien entendu, et, contrairement à ce que pense Xavier Martin, dont je ne peux ici discuter les travaux, Helvétius n'a à peu près aucun écho sous la Révolution. Seul Roederer, dans ses manuscrits, tentera de fonder cette vision, si importante chez les Ecossais de cette époque, mais qui n'a pas d'accueil favorable en terre française. Tocqueville, pour cette raison, prendra la défense de « l'intérêt bien entendu », dans *Démocratie en Amérique*, se tournant ainsi explicitement vers une école de pensée restée étrangère. Madame de Staël (dans *De l'Allemagne*) et Constant avaient attaqué, avec succès, l'utilitarisme de Bentham, fermant, une fois de plus, la voie à cette philosophie (cf. notre étude sur cette question dans *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, chapitre sur le libéralisme de Coppet, et l'article: *Problèmes du libéralisme. De Mme de Staël à Tocqueville*, « Droits », 30, 2000, pp. 151-162).

(26) On le verra, Portalis admet le divorce pour des considérations politiques, d'équilibre social entre les religions: il y a, dit-il, des religions qui intègrent le divorce.

(27) ROEDERER, *Cours d'organisation sociale*, dans *Oeuvres du comte P.L. Roederer*, Paris, Firmin-Didot, 1853-1859, t. 8, p. 265.

ment se sont bien trompés! Il peut tout corrompre, mais il ne peut pas tout créer, ni tout rectifier, ni tout perfectionner. Ce sont les lois civiles qui agissent sur toutes les volontés dans tous les moments; qui se mêlent aux intérêts les plus immédiats et les plus chers, qui saisissent l'homme dès son berceau et le conduisent jusqu'au tombeau » (28).

Sur cette efficacité des lois civiles, il existe un grand accord à l'époque: Portalis parle comme Roederer (29), et, chez les critiques de la Révolution, Mallet du Pan parle aussi comme Roederer (30). Il faut donc, écrit Roederer, « instituer », « établir »; car qui ne doute que, par l'abolition de l'inégalité successorale, du droit de tester, par l'accueil fait au divorce, les lois « ne préparent, n'instituent la fraternité sociale, par l'égalité » ainsi introduite (31)?

Mais, ajoute-t-il, la grande institution à perfectionner, c'est le travail. Celui-ci ne doit pas être laissé au hasard et à l'abandon, comme généralement les gouvernements l'ont fait: « Instituer le travail dans une société, c'est y obliger tout le monde sans y contraindre personne [...]. Pour instituer réellement, durablement, le travail du pauvre, il faut le faire aimer au riche ». Or, et l'on touche ici en fait à une action gouvernementale résolue (32), *l'institution du travail* demande vis-à-vis du peuple français de faire passer ce dernier « des camps, des assemblées populaires, dans les ateliers de l'agriculture, des arts et du négoce ».

(28) *Ibid.*

(29) Portalis dit en effet des lois civiles: « Elles atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principales actions de sa vie, elles le suivent partout » (« Discours préliminaire », p. 38).

(30) Dans une lettre du 10 mars 1796, Mallet du Pan écrit que les lois civiles « prennent le peuple au berceau; elles le touchent dans tous les points de son existence; là se place la liberté, comme la règle et le titre des actions journalières du citoyen [...]». Les lois civiles et judiciaires font seule le citoyen, car elles l'embrassent dans tous ses rapports et le défendent dans toutes ses actions légales » (cité par F. BALDENSPERGER, *Le mouvement des idées dans l'émigration française (1789-1815)*, Paris, Plon, 1924, t. 2, p. 279).

(31) ROEDERER, éd. cit., t. 8, p. 265.

(32) Mais cette action ne doit pas être, dans l'esprit de Roederer, celle mise en œuvre par le Gouvernement révolutionnaire, au service de la Terreur, et pour la conduite de la France en guerre.

Il s'agit donc de terminer la Révolution par l'encouragement donné au travail, qui doit devenir à la fois une vertu, une pratique et un domaine juridiquement réglé. Le lendemain du jour où Cambacérès présente le troisième projet de Code civil devant le Conseil des Cinq-Cents, Roederer ouvre le numéro inaugural de son *Journal d'économie publique, de morale et de politique* par un véritable manifeste en faveur du travail, de la nouvelle Constitution (directoriale) et de ce qu'il appelle « l'ordre »⁽³³⁾. Le travail doit créer de la solidarité entre les intérêts et, spécifiquement, entre le riche et le pauvre: « Il faut que le premier [c'est-à-dire le riche], associant à l'intérêt de ses fonds les habitudes de son esprit, s'appliquant studieusement à leur fructification, multipliant ses capitaux par le travail et étendant le travail par ses capitaux, se trouve ainsi lié aux intérêts du pauvre et dans l'obligation de lui payer d'amples salaires pour son assistance et sa coopération »⁽³⁴⁾.

Or, cette « institution pleine et entière du travail »⁽³⁵⁾ n'est possible que grâce à la rédaction « de ce Code civil dont le Corps législatif va incessamment s'occuper et dont il paraît un projet sur lequel l'attention ne peut top s'attacher! ». Dans une attitude bien caractéristique, Roederer explique qu'en cette année 1796, « après tant d'expériences faites pendant cinq années sur les rapports des hommes entre eux et des hommes avec les choses; sur les rapports de propriété et de liberté, de propriétaires et de fermiers, de créanciers et de débiteurs, de vendeurs et d'acheteurs, de maîtres et de serviteurs, de parents et d'enfants, de mari et de femme », tout bon esprit saura dégager les vérités nécessaires au Code civil. La force de l'évidence va triompher et la Révolution doit en quelque sorte s'arrêter d'elle-même, alors que la République « rayonne de la gloire de ses armes »⁽³⁶⁾ et que la Constitution a été « solennelle-

⁽³³⁾ Nous avons reproduit ce manifeste libéral ou protolibéral dans *Echec au libéralisme. Les Jacobins et l'Etat*, Paris, Kimé, 1990, pp. 111-119. L'édition italienne révisée et augmentée (*Scacco al liberalismo. I Giacobini e lo Stato*, Naples, Editoriale Scientifica, 2003) ne contient pas ce document.

⁽³⁴⁾ ROEDERER, *Journal d'économie publique, de morale et de politique*, n. 1, 10 fructidor an IV (27 août 1796), reproduction dans *Echec au libéralisme*, éd. cit., p. 115.

⁽³⁵⁾ *Ibid.*, p. 115.

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, p. 111.

ment et librement acceptée ». Bref, l'ordre, qui est « l'objet de toute constitution, la tâche de tout gouvernement, le principe de toute prospérité publique », se montre maintenant à portée de main.

Mais, comme on le sait, il faudra bientôt déchanter, et le Directoire ne parviendra ni à établir cet ordre républicain ni à rédiger son Code civil. Portalis, Bonaparte, le conseiller d'Etat Roederer et quelques autres devront y pourvoir ensuite, mais en changeant le système constitutionnel: cela passera par « l'épée »⁽³⁷⁾ que recherchait Sieyès en 1799.

2. *Un choix éminemment politique.*

Que faut-il penser de l'idée de dépolitisation des rapports sociaux, telle qu'elle est exprimée par Portalis, Roederer ou d'autres acteurs politiques en recherche de stabilisation des acquis révolutionnaires? Comme on l'a entr'aperçu dans les textes cités plus haut, il s'agit en réalité de choix politiques mais s'exerçant contre l'hyperpolitisation promue par le Gouvernement révolutionnaire de l'an II. Roederer lui-même, qui critique l'arbitraire et l'ignorance des gouvernants jacobins, prône, dans le même « Cours d'organisation sociale », des interventions d'Etat notables. Par exemple, concernant la révolution agricole à laquelle il appelle, Roederer veut que l'Etat la suscite à l'aide de prêts et de primes. Certes, ajoute l'auteur, cela ne saurait devenir une doctrine générale, « mais quand il s'agit ou de créer des mœurs ou d'arrêter un mouvement critique, alors il faut que l'Etat fasse des sacrifices particuliers »⁽³⁸⁾, et, en l'occurrence, « des capitaux enfouis par la peur ne demandent qu'à sortir et à se répandre ». De même, et dans une veine plus audacieuse, Roederer s'appuie sur Montesquieu⁽³⁹⁾ pour

⁽³⁷⁾ Sur les circonstances politiques voir la mise au point de Luca SCUCCIMARRA, *La sciabola di Sieyès*, Bologna, Il Mulino, 2005.

⁽³⁸⁾ Roederer, « Cours d'organisation sociale », éd. cit., t. 8, p. 268.

⁽³⁹⁾ Il s'agit du livre VII de *l'Esprit des lois*: la question du luxe et de la conduite des femmes en monarchie, aristocratie ou république. Montesquieu justifiait les lois

le projet de « régler les mœurs des femmes ». Suit un long commentaire et une discussion de Montesquieu, où, s'exprimant d'ailleurs à ce moment devant un public en partie féminin, Roederer affirme: « Il faut traiter les femmes comme les rois; il faut leur ôter leur liste civile, qui ne leur sert que pour nous corrompre; il faut supprimer ou réduire les dots des femmes ». En ôtant ainsi aux femmes une part de pouvoir sur les hommes, le législateur aura travaillé « pour prévenir la galanterie et avec elle la dépravation de l'esprit public » (40).

Ainsi la politique antique des lois somptuaires continue-t-elle d'inspirer l'esprit d'austérité chez quelqu'un comme Roederer qui, d'ailleurs, n'a cessé de réfléchir sur les moyens de façonner la morale d'un peuple (sujet qu'il a fait mettre au concours par l'Institut) (41). Le même Roederer, en fuite et caché pendant la Terreur (42), critique pourtant le volontarisme du Gouvernement de l'an II.

Si l'on revient maintenant à Portalis, il est aisé de percevoir le type de projet politique qui est à l'œuvre dans le travail de codification. Dans son « Discours préliminaire », Portalis montre les restrictions s'appliquant à ce qu'on appelle le droit privé: « Il n'est point de question privée dans laquelle il n'entre quelque vue d'ad-

somptuaires en république par la crainte que l'intérêt particulier ne devienne trop puissant.

(40) *Ibid.*, p. 271. Signalons que lui-même amateur de conquêtes amoureuses, Roederer a écrit une brochure sur l'importance des femmes dans le processus de civilisation français (*Mémoire pour servir à l'histoire de la société polie en France*, 1835).

(41) Membre de l'Institut, Roederer fit mettre au concours, en 1797, la question « Quels sont les moyens les plus propres à fonder la morale d'un peuple? ». Les mémoires reçus, dont celui de Jean-Baptiste Say (c'est la source d'*Olbie*), ont été refusés: Roederer attendait qu'on fasse l'éloge du travail, « grand régulateur des mœurs domestiques, grand précepteur de la morale privée ». Voir J.-B. SAY, *Œuvres complètes*, t. 5 (« Œuvres morales et politiques »), Paris, Economica, texte établi et présenté par E. Blanc et A. Tiran, 2003, pp. 185-186. Voir également ROEDERER, *Œuvres*, éd.cit., t. 5, pp. 151-152 (« D'un grand moyen de perfectionner la morale d'un peuple »), et pp. 156-158 (« Sur la question posée par l'Institut... »).

(42) Il traduit, à ce moment-là, le *De Cive* de Hobbes: voir notre étude *Représentation et factions. De la théorie de Hobbes à l'expérience de la Révolution française*, in *La représentation et ses crises*, sous dir. J.-P. Cotten, R. Damien et A. Tosel, Besançon, Presses Universitaires Franc-Comtoises, diffusion Les Belles-Lettres, 2001, pp. 207-240.

ministration publique » (43), ce qui, d'ailleurs, n'est pas sans rappeler le long débat sur la nature et les limites du contentieux administratif. A ceux qui voulaient obtenir la réunion des deux justices et remettre aux tribunaux de droit civil le contentieux de l'administration, il sera opposé tout au long du XIX^e siècle que l'Etat doit avoir sa justice à lui parce qu'il n'est aucun intérêt privé qui puisse *a priori* être exclu de ce qui intéresse la puissance publique (44). De la même façon, Portalis précise que, tout compte fait, c'est du point de vue de la puissance publique que les questions de droit privé doivent s'apprécier —, ce en quoi il remplit le vœu de Bonaparte. « Le Code civil est sous la tutelle des lois politiques; il doit leur être assorti. Ce serait un grand mal qu'il y eût de la contradiction dans les maximes qui gouvernent les hommes ».

On comprend pourquoi le Code Napoléon suscita l'admiration de Hegel. Pour ce dernier, « l'Etat est la réalité effective de la liberté concrète »; ou, encore, « l'essence de l'Etat moderne consiste dans l'union de l'universalité avec la totale liberté de la particularité et la prospérité des individus » (45). En d'autres termes, dans les vues et le droit de l'Etat, *l'intérêt particulier* ne doit pas être exclu — ce qui serait une vision abstraite des choses, propre à engendrer de graves conflits —, mais cet intérêt particulier doit être intégré et subordonné à l'édifice étatique.

Portalis entend exprimer exactement la même chose. Dans son « Discours de présentation du Code civil » (24 novembre 1801), il écrit avec une pointe d'ironie: « Le droit civil s'unit et s'entremêle à tout. On est donc sûr de rencontrer tous les intérêts privés quand

(43) PORTALIS, « Discours préliminaire », p. 49.

(44) Sur ce débat, voir notre étude dans *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, pp. 351-378 et la contribution suivante: *Les libéraux et la justice administrative sous Juillet: craintes et ambiguïtés*, dans *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle?*, sous dir. O. Cayla et M.-F. Renoux-Zagamé, Paris, LGDJ et Publications de l'Université de Rouen, 2001, pp. 137-149. On pourrait aussi comparer avec la question de l'expropriation conduite par l'Etat, à la même époque: voir l'ouvrage de référence de Luigi LACCHÈ, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, Giuffrè, 1995, spécialement, p. 316 et suiv.

(45) HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, trad. R. Derathé, Librairie philosophique Vrin, Paris, 1986, § 260 et 260 add., p. 264.

on s'avise de parler au nom de l'intérêt public » (46). Et il ajoutait, songeant à une France déjà difficile à réformer (comme on dit aujourd'hui): « Ceux qui se trouvent bien de l'ordre établi, haïssent les changements; ceux qui sont mal, craignent le pire ».

L'exemple du mariage est une bonne illustration de ce point de vue. Autant Portalis prétend dégager l'essence du mariage en le considérant comme un contrat naturel, dû à une sociabilité primitive et à un échange d'obligations fondé sur l'attraction des sexes, autant il s'évertue à montrer que la *société* ne peut y trouver un engagement aisément résiliable pour incompatibilité d'humeur. « Serait-on libre de stipuler un terme à la durée de ce contrat, qui est essentiellement perpétuel, puisqu'il a pour but de perpétuer l'espèce humaine? Le législateur rougirait d'autoriser expressément une pareille stipulation [...]. Cette liberté tacite est contre la nature du contrat ». Le mariage n'est donc un contrat que « dans sa forme extérieure ».

Si, là encore, Portalis prétend déduire le devoir du législateur à partir de la réalité « intérieure » du contrat (selon son expression), il ne manque pas d'affirmer ailleurs que, dans le mariage, on stipule pour le public. C'est la thèse qu'il avait défendue dans le « Discours préliminaire »: « On stipule pour l'Etat, on stipule pour la société générale du genre humain. Le public est donc toujours partie dans les questions de mariage [...]. La société conjugale ne ressemble donc à aucune autre. Le consentement mutuel ne peut donc dissoudre le mariage, quoiqu'il puisse dissoudre tout autre société » (47). On ne saurait mieux dire que la société est à base de familles et non à base d'individus (48). Même formulation chez Tronchet, devant le Conseil d'Etat: il faut rendre le divorce malaisé car il y va de l'intérêt général. Tronchet se défend de l'imputation d'allégeance docile envers le catholicisme, alors que la séparation du sacrement et du contrat civil, tout autant que la laïcisation des

(46) PORTALIS, « Discours de présentation du Code civil prononcé le 3 frimaire an X », dans J. E. M. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits*, présentés par le vicomte Frédéric Portalis, Paris, Joubert, 1844, pp. 92-93.

(47) PORTALIS, « Discours préliminaire », éd. cit., p. 65.

(48) On verra plus loin que le consentement mutuel, finalement adopté par le législateur de 1804, est une fiction utile: Portalis n'est qu'à demi contredit.

actes de l'état civil, a été le grand apport de la Révolution: « Il ne s'agit point ici des maximes religieuses: la loi civile, qui ne régit point la conscience, peut cependant établir tout ce que réclame l'intérêt public; et, sous ce rapport, son pouvoir va jusqu'à restreindre la liberté individuelle. Elle peut donc du moins rendre le divorce difficile: il y a plus, elle le doit » (49). Mais supposons le cas où l'on vit avec un époux (ou une épouse?) dont on ne pourrait prouver les actes graves, de nature criminelle. « Cet inconvénient existe; mais ce n'est qu'un mal particulier: un mal public est un bien plus grand malheur » (50).

Finalement, pour résumer la thèse de ce groupe qui entend faire du Code l'expression d'une volonté étatique et d'une philosophie de l'intérêt social, on peut citer la formule du tribun Gillet: le mariage sera « un engagement social et comme un traité public », où les époux « stipulent aussi pour la patrie » — et non pas pour leur seul bonheur personnel (51).

Il est difficile de parler ici d'« idéologie bourgeoise », tant on est habitué à penser le règne bourgeois comme celui qui fait de l'Etat un *moyen* au service des fins privées. On constate ici la logique inverse! Disons plutôt que c'est l'esprit général de la Révolution française qui se continue, certes dans une politique clairement conservatrice (et au détriment des femmes) (52), mais où la conception de *l'Etat comme garant de la nation* est centrale. Dans cette perspective, « terminer la Révolution », c'est rester fidèle à son esprit général, lequel explique sans doute la prodigieuse diffusion du Code Napoléon (53).

A quel point cette foi en une volonté politique directrice se

(49) Discussion du Conseil d'Etat, 16 vendémiaire an X, reproduite dans *Naissance du Code civil*, éd. cit., p. 186.

(50) *Ibid.*, p. 195.

(51) Communication officielle au tribunal, rapport fait par Gillet le 23 ventôse an XI, reproduite dans *Naissance du Code civil*, p. 191.

(52) Les propos de Portalis sur l'infériorité de nature de la femme pourraient, à certains moments, entrer dans une anthologie: « l'homme est plus libre parce qu'il est plus fort, etc. ». Voir ce développement dans *Naissance du Code civil*, pp. 369-371, présentation au Corps législatif et exposé des motifs, 26 ventôse an XI.

(53) Sur ce point, voir, par Joseph GOY, *Code civil*, dans le *Dictionnaire critique de la Révolution française*, sous dir. F. Furet et M. Ozouf, éd. cit.

trouve répandue, et jusque chez les modérés, on peut en trouver témoignage chez Durand-Maillane. Ce dernier, membre de la Plaine en 1793, est connu pour ses positions à la fois modérées⁽⁵⁴⁾ et empreintes de fermeté (sur la constitution civile du clergé, sur son refus de la scission des Feuillants, alors qu'il est membre des Jacobins). On peut le considérer comme l'un de ces républicains d'esprit constitutionnel que Mme de Staël soutient à la veille de la Constitution de l'an III⁽⁵⁵⁾. Durand-Maillane est connu des historiens du droit pour avoir proposé un projet de Code civil complet, en juillet 1793. Il y écrivait notamment: « La faculté de tester doit être considérée comme un droit politique, dont le souverain qui veut bien l'accorder doit retrouver quelque avantage pour le bien général de la société qu'il gouverne et qu'il protège »⁽⁵⁶⁾.

On retrouve donc dans le cas du droit successoral les principes qu'on vient de rencontrer pour le mariage; en l'occurrence, s'agissant d'un homme qui aurait de la fortune tout en étant sans postérité, Durand-Maillane estime qu'il est « du bien général de la société » que cet homme teste (en remerciant quelqu'un, ou pour « suivre ses goûts ») mais dans les conditions posées par la loi. On sait que le principe de la quotité disponible sera finalement adopté dans une perspective analogue: le père de famille pourra marquer une préférence mais sans nuire au grand choix national, à savoir le partage égal des propriétés et des capitaux. Dans le même texte, Durand-Maillane expose que la patrie doit toujours avoir la priorité sur les pères et les mères; et, plus généralement, « les pères et mères n'ont de puissance ou d'autorité sur leurs enfants que pour en

⁽⁵⁴⁾ Attentiste à la veille de Thermidor, il donne néanmoins son approbation à la conjuration antiobspierrieste, tout en avertissant qu'il jugera au résultat!

⁽⁵⁵⁾ Voir l'étude classique de B. MUNTEANO, *Les idées politiques de Mme de Staël et la Constitution de l'an III*, Paris, Les Belles Lettres, 1931. Et notre contribution: *L'esprit de Coppel' et l'organisation du pouvoir exécutif*, in *La Constitution de l'an III ou l'ordre républicain*, sous dir. J. Bart et alii, Dijon, Editions Universitaires de Dijon, 1998, pp. 121-141.

⁽⁵⁶⁾ « Plan de code civil et uniforme pour toute la République française, lu au Comité de législation le 8 juillet 1793 », dans *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. LXX, p. 680.

faire de bons et vertueux citoyens »⁽⁵⁷⁾. Concession sans doute au langage de 1793, mais qui confirme néanmoins le sens d'engagement politique que les « modérés » de la Révolution pouvaient mettre dans l'œuvre de codification: la rupture avec l'Ancien Régime l'emporte sur le combat, qu'ils ont aussi à mener, avec Robespierre et les Montagnards. Que pensent d'ailleurs les amis de Robespierre? Il semble, comme l'indique Jean-Louis Halpérin que Robespierre a été hostile au projet de Code civil⁽⁵⁸⁾. L'offensive contre le premier projet Cambacérès (9 août 1793) est venue de Lévassour (de la Sarthe), c'est-à-dire sans doute du Comité de salut public: adopter à ce moment un projet de Code civil eût signifié que le processus révolutionnaire devait se terminer, alors même qu'on parlait, chez les Montagnards, d'une « troisième révolution » après le 10 août 1792 et après l'élimination des Girondins. Rappelons également que Robespierre fait proroger l'existence de la Convention en ce même mois d'août 1793⁽⁵⁹⁾, deux jours après la présentation du projet Cambacérès, et rappelons enfin que la destruction de la Vendée a été votée le 1^{er} août. Dans cette situation extrêmement tendue, bien que le débat sur le Code civil dure plusieurs mois, il paraît irréaliste aux Montagnards d'aller plus avant dans cette tâche.

Par ailleurs, le projet robespierriste était plutôt de transformer les mœurs par l'éducation (plan Michel Le Peletier)⁽⁶⁰⁾ et par les

(57) DURAND-MAILLANE, *ibid.*, Titre III, « De l'autorité paternelle », p. 667.

(58) Voir la mise au point très claire apportée par Jean-Louis HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992, pp. 139-140. Sous la Constituante, Robespierre n'a pas consacré de rapport ou de discours spécifique aux questions de droit civil. Voir, par exemple, G. WALTER, *Robespierre*, Paris, Gallimard, 1961, t. 2, pp. 485-486: bibliographie des textes de Robespierre, mais surtout la table des matières des *Œuvres de Robespierre*, t. VI et VII (*Discours*), éd. par M. Bouloiseau, G. Lefebvre et A. Soboul, Paris, PUF, 1950 et 1952. Il intervient cependant assez longuement, le 5 avril 1791, sur l'égalité successorale (*Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. XXIV, pp. 562-564).

(59) La Constitution avait été ratifiée par référendum le 4 août: la mission constituante de l'Assemblée était achevée.

(60) Robespierre a présenté le plan éducatif de Le Peletier, d'une rigueur toute spartiate, le 29 juillet 1793, à la tribune de la Convention (voir texte de ce projet dans *Œuvres de Robespierre*, Paris, PUF, t. X, pp. 12-34). Il en fait l'éloge, de nouveau, le 13 août: Le Peletier « a bien senti que l'instruction était trop incomplète pour avoir cette

initiatives du Gouvernement révolutionnaire, du type du culte de l'Être suprême⁽⁶¹⁾. Contrairement à la distinction que Portalis a toujours voulu opérer, l'action sur les mœurs est, pour Robespierre, une action conduite par la moralité du législateur et réglant la morale du peuple. Le droit ne peut être conçu que comme une modalité par laquelle l'individuel se soumet au collectif (le Peuple vertueux par sa nature et sa position) et selon laquelle la portée civile est inséparable de la norme morale⁽⁶²⁾.

On trouve cependant trace d'une tentative de code civil au service des idées montagnardes chez Nicolas Hentz, membre en 1793 de la section du Comité de législation chargée du projet de code. En fait, intervenant à propos de la donation entre vifs, Hentz essaye de s'élever à des considérations plus générales sur la propriété: « Avilissez la richesse; que nos lois soient telles qu'il devienne presque impossible de devenir riche »⁽⁶³⁾. Selon Hentz, un code de lois républicaines devrait mettre en épigraphe les formulations suivantes, reprises à Montesquieu (qui, décidément, sert à tous les usages): « Le législateur statue plus sur la société que sur le citoyen; plus sur le citoyen que sur l'homme; la loi sacrifie le citoyen et

influence sur les esprits [en faveur de la République], et il y a joint l'éducation » (*ibid.*, p. 70). Le projet Le Peletier se trouve également dans: ROBESPIERRE, *Textes choisis*, éd. J. Poperen, Paris, Editions sociales, 1973, t. 2, pp. 157-198.

(61) Ainsi dans le discours du 18 floréal an II, « Sur les rapports des idées religieuses et morales avec les principes républicains »: « Le fondement unique de la société civile, c'est la morale [...]. A quoi se réduit donc cette science mystérieuse de la politique et de la législation? A mettre dans les lois et dans l'administration les vérités morales reléguées dans les livres des philosophes, et à appliquer à la conduite des peuples les notions triviales de probité que chacun est forcé d'adopter pour sa conduite privée » (*Œuvres de Robespierre*, Paris, PUF, t. 10, 1967, p. 65). Sur le culte de l'Être suprême et les effets que Robespierre semble en attendre, voir notre étude: *Robespierre: des principes révolutionnaires à l'Être suprême*, in *Robespierre. Figure-Réputation*, sous dir. A. Jourdan, Yearbook of European Studies, Amsterdam, Rodopi, 1996, pp. 37-52.

(62) De ce droit Portalis dira, dans une réponse à Montlosier, qu'il est au service de la tyrannie. La portée théocratique du robespierrisme est, aux yeux de Portalis, du même ordre que la revendication du « féodal » Montlosier: « Un législateur qui [voudrait suivre la morale], croirait protéger la vertu, il ne ferait qu'établir la tyrannie » (dans PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits*, éd. cit., p. 83).

(63) N. HENZ, *Exposé des motifs [...] sur les donations entre vifs...*, *Archives parlementaires*, t. LXX, p. 647, annexe à la séance du 9 août 1793.

l'homme, et ne pense qu'à la République » (64). Le cas de Nicolas Hentz, visiblement sur une position extrémiste, confirme cependant la visée politique que les protagonistes du Code civil ont attachée à leur ouvrage. Et, sous le Consulat, malgré le conservatisme plus marqué qui s'exprime, le Code ne signifiait pas le retour à une sphère de moindre passion, à un consensus modéré de neutralisation politique. En réalité, il y allait de la primauté de l'Etat qui se subordonnait la sphère privée (65). Il n'est d'ailleurs que d'écouter, en fin de compte, Portalis lui-même, quand il répond explicitement à la question « Qu'est-ce qu'un code civil? ». « C'est un corps de lois destiné à diriger et à fixer les relations de sociabilité, de famille et d'intérêt qu'ont entre eux des hommes qui appartiennent à la même cité » (66). Tout, ou presque, est dit dans cette formulation: 1) il y a et il ne doit y avoir qu'une seule et même cité car c'est l'identité de cette nation comme corps politique qui est en jeu; 2) il faut « diriger » et « fixer » ce qui soit existe par soi-même soit devra être encouragé pour l'avenir, 3) les regroupements généraux ou particuliers, d'affection ou d'utilité matérielle, sont sous la tutelle de la puissance souveraine. On peut en dire autant du droit de propriété: son caractère « absolu » énoncé dans le fameux article 544 visait la libération de la propriété vis-à-vis des servitudes féodales et n'a pas le sens que la suite lui donnera. Portalis écrivait: « Il est d'une législation bien ordonnée de régler l'exercice du droit de propriété comme on règle l'exercice de tous les autres droits »; d'où le fait qu' « en reconnaissant dans le propriétaire le droit de jouir et de disposer de sa propriété de la manière la plus absolue, nous avons ajouté: pourvu qu'il ne fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements » (67).

(64) *Ibid.*, p. 648.

(65) La prédominance de l'Etat était montrée par Philippe Sagnac dans son ouvrage classique, même si l'auteur entendait voir celle-ci plutôt dans la phase de 1793. Voir P. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, éd. cit., pp. 36-44.

(66) « Discours de présentation du Code civil prononcé le 3 frimaire an X », dans PORTALIS, *Discours, rapport et travaux inédits*, éd. cit., p. 92.

(67) PORTALIS, *Exposé des motifs du titre De la propriété*, dans PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits...*, pp. 214-215.

Si donc il y a œuvre de « transaction » (entre le droit écrit et la coutume, entre la loi et les mœurs, entre le présent et le passé d'avant la Révolution), il reste que l'Etat tient désormais le greffe de la normativité juridique. Transaction sans doute, mais également radicale innovation de la Révolution: l'Etat est devenu la seule source du droit. De là la grande polémique qui commence dès la rédaction du Code et qui se poursuit durant le XIX^e siècle.

Au reste, hasard bien étrange ou calcul stupéfiant, c'est un 21 janvier que Portalis présente à Bonaparte la première épreuve de son « Discours préliminaire » et du projet de code, date anniversaire du régicide comme chacun le sait à cette époque. Un monde nouveau, issu de la volonté politique des hommes, rejette l'Ancien Régime monarchique dans l'ordre des choses caduques. On ne saurait concevoir d'acte plus révolutionnaire pour un texte souvent qualifié de conservateur par les historiens du droit.

3. *Une longue controverse: la Révolution ne se termine pas.*

Le processus mouvementé du ou des projets de rédaction, depuis la Convention jusqu'au Consulat, reflète des conceptions en conflit: conception de l'individu, de la nature du lien social, du rapport entre l'Etat et la société, conception aussi de la morale, de la religion et du principe même de sociabilité. Il reste beaucoup à faire dans l'étude des soubassements philosophiques de ces conceptions en présence, on ne peut en tout cas parler d'une vision unique, y compris dans la caractérisation de la nature humaine ou en matière d'individualisme. Prenons pour seul exemple l'échange très remarquable qui a lieu entre Portalis et Bonaparte sur la question du divorce par consentement mutuel. Chez Cambacérès, c'est parce que le mariage était de droit naturel qu'il devait reposer sur la volonté libre et révisable des individus. « Le pacte matrimonial doit son origine au droit naturel; il a été perfectionné et fortifié par les institutions sociales; la volonté des époux en fait la substance; le changement de cette volonté en opère la dissolution: de là le principe du divorce [...]. La volonté des contractants est la règle la plus absolue; elle ne connaît d'autres bornes que celles qui sont placées

par l'intérêt général » (68). Ce passage est repris dans le deuxième projet du 9 septembre 1794, avec la formulation devenue célèbre: « Ce que la volonté a fait, la volonté peut le changer » (69).

Un premier élément de comparaison est à noter: Portalis s'oppose au divorce aisé précisément pour des raisons de droit naturel; on a vu, précédemment, sa théorie du « contrat naturel ». Au moment de la discussion sur le divorce, il s'attache à montrer que ni la loi civile ni la loi religieuse ne détiennent la formule essentielle du mariage. Contrairement à ce qui est souvent dit du mariage catholique, Portalis écrit que « le rite qui bénit l'union des époux [...] suppose le mariage, et ne le forme pas. On ne peut donc dire que le mariage appartient en entier à la religion » (70). Il est donc une matière du droit civil; cependant, il ne faudrait pas en conclure que le législateur peut « permettre » ou « autoriser » le divorce: c'est là une impropriété de langue, affirme Portalis. La loi « ne donne pas une liberté que tous tiennent de la nature » (71), la loi n'est là que pour limiter la liberté naturelle: « S'il n'y avait pas de loi, la volonté de chacun serait la seule règle dans cette matière; chacun userait à son gré de la liberté naturelle; mais l'ordre public pourrait être blessé par cette liberté indéfinie ». Que veut donc déduire Portalis de cette argumentation qui, à la fois, restreint les pouvoirs de la société, mais aussi la liberté individuelle de séparation? La réponse est ingénieuse: « Le législateur doit donc permettre le divorce si la politique le veut » (72). Et, en l'occurrence, la politique c'est le souci de la liberté des cultes, en tenant compte notamment du divorce pour les protestants: « Le véritable motif qui oblige les lois civiles d'admettre le divorce, c'est la liberté des cultes. Il est des cultes qui autorisent le divorce, il en est qui le prohibent, la loi doit donc le permettre, afin que ceux dont la croyance l'autorise puis-

(68) CAMBACÉRÈS, Rapport sur le projet de Code civil, 9 août 1793, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. LXX, p. 552.

(69) CAMBACÉRÈS, Rapport sur le projet de Code civil, 23 fructidor an II, (9 septembre 1794), *ibid.*, t. XCVII, pp. 36-39 ou *Moniteur*, t. XXI, p. 717.

(70) Discussion du Conseil d'Etat, 14 vendémiaire an X, dans *Naissance du Code civil*, p. 197.

(71) *Ibid.*, p. 199.

(72) *Ibid.*

sent en user. Ainsi le système du divorce doit être conservé dans la législation civile » (73).

Bonaparte est frappé par l'enjeu politique de l'argumentation; il faut, reconnaît-il, penser à la liberté des cultes (74), mais il s'insurge par ailleurs contre le fixisme que promeut la conception de Portalis; le mariage ne dérive pas de la nature, affirme-t-il, mais de la société, des mœurs, de la religion en vigueur, des règles établies. Le désaccord est complet. Portalis réplique longuement. Retenons cette formulation:

« Le mariage n'est pas seulement institué pour les époux [...]. La société, dans ce contrat, vient s'enter sur la nature; le mariage n'est pas un pacte, mais un fait; c'est le résultat de la nature, qui destine les hommes à vivre en société » (75).

On voit donc ici Bonaparte l'autoritaire défendre bien davantage la liberté de l'individu face à lui-même (et de l'homme face à son épouse) que Portalis, soucieux de l'intérêt d'Etat (76). Le compromis se fera sur la notion de consentement mutuel: ce dernier est accepté non comme autonomie de la volonté pure et simple (77), mais comme fiction nécessaire pour couvrir des faits susceptibles de créer le scandale (78).

(73) *Ibid.*

(74) Aussi le Code va rétablir la séparation de corps (I, titre VI, chap. 5) que la loi du 20 septembre 1792 avait supprimée, ce qui imposait le divorce aux catholiques comme seule solution juridique.

(75) PORTALIS, séance de discussion au Conseil d'Etat, 14 vendémiaire an X, éd. cit., p. 205.

(76) Dans certaines limites, bien sûr. Autant Bonaparte veut préserver la possibilité du divorce (y compris pour lui-même), songeant aux mariages arrangés par les milieux sociaux, aux sévices, à la vie commune devenue intolérable, autant a-t-il soin de poser la barrière: « Il ne faut pas que les époux, au moment où ils s'unissent, prévoient qu'il existe pour eux un moyen de rompre leurs liens. Le mariage ne doit être dissous que par l'effet d'un délit » (*ibid.*, p. 217, Conseil d'Etat, 6 nivôse an X).

(77) Cette notion est bien appropriée à l'analyse des débats, contrairement à ce qui est dit parfois, quand elle est présentée comme un « mythe » de l'histoire du droit. Le mot n'est pas présent, mais la notion est effective. Rappelons l'intéressante analyse menée sur l'histoire de la notion par A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1969, pp. 199-214.

(78) Il est piquant de constater que c'est le consul Cambacérés qui fait passer

Non seulement le Code civil est issu de conceptions qui répondent à des philosophies différentes et dont l'analyse resterait à mener⁽⁷⁹⁾, mais ses effets sur la propriété, particulièrement la propriété foncière, ont soulevé un débat que, apparemment, historiens et juristes du droit n'ont pas tranché. Au XIX^e siècle, la « machine à hacher le sol » devient un thème usuel: il est affirmé que l'émiettement de la propriété résulte inexorablement de l'égalité successorale. Il est vrai que Napoléon en a fait un projet politique délibéré, comme le montre, parmi d'autres textes, la lettre de juin 1806 à Joseph, roi de Naples:

« Etablissez le Code civil à Naples; tout ce qui ne vous est pas attaché se détruira alors en peu d'années, et ce que vous voudrez conserver se consolidera. Voilà le grand avantage du Code civil [...]. Il consolide votre puissance, puisque par lui, tout ce qui n'est pas fidéicommiss⁽⁸⁰⁾ tombe, et qu'il ne reste plus de grandes maisons que celles que vous érigez en fief. C'est ce qui m'a fait prêcher un code civil et m'a porté à l'établir »⁽⁸¹⁾.

D'une part, le Code sert à saper la puissance des grandes familles, d'autre part, grâce au système des majorats (eux-mêmes présents dans le Code, art. 896), le souverain peut se créer de nouvelles notabilités qui seront portées à le servir. Les effets du Code civil ont été pris au sérieux par Tocqueville, issu du milieu légitimiste,

cette modalité, après une très longue discussion; les temps ont changé, et Cambacérès lui-même peut mesurer la complexité des opinions en présence.

⁽⁷⁹⁾ Voir la contribution de Julien Boudon, qui montre notamment une attitude intéressante de Bonaparte sur l'adoption: *Les projets de Code civil "de Cambacérès" et le thème de l'imitation de la nature (1793-1804)*, « Droits », 39, 2004. Il faudrait reprendre également la question du *jansénisme* chez les légistes révolutionnaires. Depuis une cinquantaine d'années, il existe de bons travaux (principalement chez les spécialistes de lettres ou de philosophie) qui ont montré que, pour partie, le libéralisme se développe *au sein* d'un courant du jansénisme. Outre les travaux de Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ sur Domat (voir *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, 2003) nous nous permettrons de renvoyer à notre étude: *Bossuet, Nicole et Domat: société et souveraineté*, dans *Bossuet à Metz (1652-1659)*, sous dir. Anne-Elisabeth Spica, Bern, Peter Lang, 2005, p. 263-276.

⁽⁸⁰⁾ Référence aux majorats: voir notre analyse dans *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, éd. cit., p. 290.

⁽⁸¹⁾ Cité par J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, 1998, p. 355.

qui transforme les inquiétudes exprimées dans son entourage en réflexion de portée historique et sociologique: dans le chapitre sur « l'état social des anglo-américains »⁽⁸²⁾, Tocqueville consacre de longs développements à ce qu'il appelle la « loi des successions », dont il considère qu'elle est décisive pour le triomphe de la société d'égalité et d'individualisme, soit « la démocratie » au sens où il l'entend. En Amérique, « les familles des grands propriétaires fonciers se sont presque toutes englouties au sein de la masse commune »⁽⁸³⁾. Mais Tocqueville ne manque pas de relever que, lorsqu'il parle de l'Amérique, c'est le cas français et le Code civil qui ont aiguisé son regard: « Ce n'est pas, sans doute, à nous Français du dix-neuvième siècle, témoins journaliers des changements politiques et sociaux que la loi des successions fait naître, à mettre en doute son pouvoir. Chaque jour nous la voyons passer et repasser sans cesse sur notre sol, renversant sur son chemin les murs de nos demeures et détruisant la clôture de nos champs »⁽⁸⁴⁾.

Tocqueville partage le diagnostic de Napoléon: la création de la France post-révolutionnaire se jouera, en grande partie sur l'égalité successorale, qui renverse l'alliance de la puissance politique, de l'influence sociale et du prestige que la propriété noble avait donnée à une classe dont Tocqueville est issu. En 1826, la tentative du ministre Peyronnet pour retrouver, à petite échelle, un équivalent du droit d'aînesse, souleva une tempête de protestations, où s'illustrèrent les libéraux comme Benjamin Constant ou Victor de Broglie et le groupe doctrinaire (Barante, Molé, Pasquier)⁽⁸⁵⁾.

Enfin, si l'on se tourne du côté des antirévolutionnaires (comme Balzac)⁽⁸⁶⁾ ou des contre-révolutionnaires doctrinaux, on

(82) TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique I*, 1^{ère} partie, chapitre III, éd. par F. Furet, Paris, Garnier-Flammarion, 1981, p. 107.

(83) *Ibid.*, p. 112.

(84) *Ibid.*

(85) Voir notre étude dans *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, pp. 297-302.

(86) Balzac, par exemple, fait dire au père de Mademoiselle de Chaulieu: « En détail, la Révolution continue, elle est implantée dans la loi, elle est écrite sur le sol, elle est toujours dans les esprits [...]. En coupant la tête à Louis XVI, la Révolution a coupé la tête à tous les pères de famille. Il n'y a plus de famille aujourd'hui, il n'y a plus que

voit que le Code est souvent présenté comme la machine de guerre révolutionnaire par excellence. Le plus intéressant de cette pensée est la dimension sociologique qu'elle donne à sa contestation du Code napoléonien, et qui trouvera l'un de ses accomplissements dans l'école de Le Play. « La vraie constitution d'un peuple, écrit ce dernier, est dans les idées, les mœurs et les institutions de la vie privée, plus que dans les lois écrites par lesquelles les hommes de nouveauté prétendent régler maintenant tous les rapports sociaux » (87). Et, de même que Mallet du Pan avait écrit dès 1796 que « les lois civiles et judiciaires font seule le citoyen », Montlosier a souvent exprimé la thèse du primat du sociologique sur le juridique et le politique. Dans la mesure où le Code civil est directement *créateur* d'un ordre social, et porte en cela « l'esprit de la Révolution », c'est sur lui que Montlosier concentre ses attaques. Tout dépend en effet, affirme-t-il, de notre « constitution morale ou civile » (88). Parlant de la Charte de 1814, le comte de Montlosier écrit: « J'examine notre nouvelle charte constitutionnelle, et je me demande quel rapport on peut lui trouver avec le reste de notre ordre social [...]. A-t-on cru que la constitution politique d'un Etat ne devrait avoir aucun rapport avec sa constitution morale ou civile? » (89).

En fait, Montlosier n'ignore pas que Louis XVIII a accepté le code de Napoléon (90) et que le rétablissement ou la création de

des individus. En voulant devenir une nation, les Français ont renoncé à être un empire »; et d'ajouter: « En proclamant l'égalité des droits à la succession paternelle, ils ont tué l'esprit de famille, ils ont créé le fisc » (*Mémoires de deux jeunes mariées*, dans *La comédie humaine*, éd. M. Bouteron, La Pléiade, Paris Gallimard, 1951, t. 1, p. 173).

(87) *Œuvres de Le Play. Principes de paix sociale. La famille*, Editions d'Histoire et d'Art, Librairie Plon, 1941, p. 44.

(88) Ou « notre ordre moral et civil »: MONTLOSIER, *De la monarchie française, depuis le retour de la Maison de Bourbon, jusqu'au 1^{er} avril 1815...*, Paris, Nicolle, 1815, respectivement p. 70 et p. 69.

(89) *Ibid.*, p. 70.

(90) Dans la proclamation du 15 février 1815, Louis XVIII disait: « Le nouveau Code, qui ne renferme, en grande partie, que les anciennes ordonnances et coutumes du royaume, restera en vigueur, si l'on en excepte les dispositions contraires aux dogmes religieux » (cité par J. CARBONNIER, *Les lieux de mémoire*, éd. cit., note 23, p. 315). Remarquable fiction de la part du frère de Louis XVI: le Code civil est peu novateur!

corps spécifiques qui seraient dotés d'un privilège de transmission et de droits propres n'entre pas dans le projet des rédacteurs de la Charte. Chateaubriand, pourtant lié au parti ultra, tourne en dérision Montlosier, et écrira que « ce libéral expliquait la Charte à travers une fenêtre gothique ». Montlosier va douter d'ailleurs de plus en plus de sa position de « féodal libéral » (*dixit* encore Chateaubriand) ⁽⁹¹⁾. Dans le même ouvrage de 1815, il renonce à insérer le contenu du livre II (première partie), qui était intitulé « Du Code civil » ⁽⁹²⁾; il fait cependant, dans la suite de l'ouvrage, un certain nombre de citations, de critiques et de propositions qui touchent directement au Code de 1804. Pendant la Restauration, Montlosier défendra sa perspective que l'on peut appeler de réductionnisme sociologique: pour lui la question du pouvoir se décide par et dans la *structure sociale*, faute de quoi les constitutions ne sont que fictions, un *flatus vocis*. Dans cette perspective, la Révolution n'est pas terminée, puisque la lutte porte sur la structure même de la société, notamment à travers l'égalité devant la loi ⁽⁹³⁾.

Enfin, on rencontrera une attaque systématique et une opposition irréductible au Code civil, si l'on se tourne vers une certaine école catholique et monarchiste: dans son ouvrage *La France et le Code Napoléon* ⁽⁹⁴⁾, le juriconsulte et journaliste Jean-Baptiste Coquille est représentatif de ce courant. Pour Coquille, tout se tient dans le Code civil: égalité, individualisme, relations laïques et

⁽⁹¹⁾ Rappelons qu'en 1830 Montlosier se rallie au régime de Juillet et qu'il sera fait pair en 1832.

⁽⁹²⁾ « Des personnes importantes qui veulent bien m'accorder intérêt et amitié m'ont remontré qu'il y aurait peu d'utilité et certainement de l'inconvenance à analyser aujourd'hui, d'une manière critique et directe, un code qui a obtenu en Europe une grande admiration et qui a eu, surtout, beaucoup de célébrité » (p. 72). Curieuse justification de la part d'un esprit affranchi comme le remuant comte de Montlosier!

⁽⁹³⁾ En 1818, Montlosier écrit: « Il est une règle générale que j'ai énoncée précédemment et que je dois encore rappeler: c'est qu'il faut être déjà puissance civile avant de pouvoir se présenter comme candidat pour la puissance politique. La génération de la puissance politique est forcément dans la puissance civile » (*De la monarchie française depuis la seconde Restauration jusqu'à la fin de la session de 1816*, Paris, Gide fils et Nicolle, 1818, p. 328). Marx pouvait lire chez Guizot et Thierry la lutte des classes, la « détermination par les rapports sociaux » viendrait-elle de Montlosier?

⁽⁹⁴⁾ *La France et le Code Napoléon*, Paris, Victor Lecoffre, s.d. [1882?].

contractuelles, extinction de l'autorité, réduction de la temporalité des générations à l'instant présent, négation de toute tradition, socialisme d'Etat, école d'Etat, etc. A travers 35 chapitres qui commentent les dispositions du Code (le trente-sixième et dernier étant consacré à Napoléon), l'auteur explique qu'il faut tout rejeter de ce texte de 1804 car il n'a rien construit, il a dissous la société en une poussière inconsistante, d'individus vibronnant. Écoutons par exemple ce passage où la bourgeoisie est associée au mobilisme permanent: « La classe bourgeoise est travaillée de la maladie que lui a inoculée le législateur. Les champs héréditaires, la maison paternelle n'ont plus de sens. Nous vivons en hôtel garni, transportant sans cesse nos meubles, nos familles d'un endroit à un autre. [...] La liberté de tester permettrait seule la transmission du domicile de famille à un des fils qui continuerait la personne du père [...]. La loi pulvérise les intérêts et les jette à tous les vents. Or, sans cohésion, sans tradition, l'esprit de localité s'éteint » (95).

La conclusion qui se dégage du livre de J.-B. Coquille est importante pour notre propos: la Révolution est à refaire, mais en sens inverse. Analyse intéressante — comme celle, fort différente, de Montlosier — en ce qu'elle nous restitue la profondeur historique des perceptions sur le Code au XIX^e siècle, et la réalité de la « guerre des dieux », pour parler comme Max Weber: le Code civil était un dispositif d'une redoutable puissance, de nature politique en dernière analyse. Certes, les adversaires du Code altèrent la complexité qui préside au moment de son élaboration, mais ils perçoivent bien cependant que ce texte sert à enterrer un monde.

Pour connaître le monde où nous vivons maintenant, nous aurions besoin de savoir quel est celui que nous avons perdu; il faudrait poursuivre le travail philosophique et historique de compréhension du Code. Peut-on dire qu'il servit à « terminer la Révolution »? Oui, sans doute, à long terme, mais encore fallait-il que les institutions appropriées de l'ordre politique soient trouvées — ce que diagnostiquait fort bien Prévost-Paradol à la fin du Second Empire. Il fallait que la République « entre au port », selon l'image de F. Furet. Mais est-ce fait avec Jules Ferry, comme le pensait

(95) *La France et le Code Napoléon*, pp. 36-37.

l'historien ⁽⁹⁶⁾? Ou avec la révolution du constitutionnalisme que nous connaissons en France depuis une trentaine d'années?

En même temps, l'irruption du privé au sein de l'espace public, sous la pression de la mondialisation, ne nous ôte-t-elle pas tout ce que nous considérons comme caractéristique de la République? L'assaut de la consommation, la revendication issue des religions, des pratiques sexuelles et des opinions les plus diverses, met à mal la distinction du public et du privé. De façon générale, le droit à la particularité clame reconnaissance par la loi et dans l'espace public, diverses *légitimités* tentent de concurrencer la légitimité que défendait Portalis: celle de l'Etat codificateur et administratif.

Nous sommes maintenant éloignés du monde où a pris naissance le Code de 1804; ce qui fait que nous avons une double mémoire à reconstituer: d'une part celle que ce Code, véritablement révolutionnaire, tendait à occulter, d'autre part, celle qu'il a installée et qui se dissout actuellement sous l'effet des nouveaux modes de vie, de l'assaut du droit de *common law* ou des divers droits de source non-étatique ⁽⁹⁷⁾.

Mais comment pourrions-nous choisir si nous avons oublié? Commémorer ne suffit donc pas, l'étude des fondements du Code de 1804 devrait être une ardente obligation pour les institutions d'enseignement et de recherche. Puisse ce souhait recevoir un écho chez les autorités françaises, mais aussi en Italie, où j'apprécie l'hospitalité que beaucoup de collègues juristes nous offrent!

⁽⁹⁶⁾ Voir F. FURET, *La Révolution de Turgot à Jules Ferry*, Paris, Hachette, 1988. En fait, l'auteur écrit, comme derniers mots de l'ouvrage, « La Révolution française entre au port » (p. 597). Mais les pages se terminant par cette formule traitent de la République de 1875: l'idée de François Furet est que l'œuvre républicaine est bien ce que portait le moment des États généraux et, surtout, la Constitution de 1791.

⁽⁹⁷⁾ Voir notre étude: *Les droits contre la loi? Une perspective sur l'histoire du libéralisme*, « Vingtième siècle », 85, 2005, pp. 21-29.

ANDREA LANDI

LA GRANDE STORIA IN UNA PICCOLA TERRA.
PROFILI GIURIDICI DELLA RESTAUZIONE
NEL DUCATO DI MASSA E CARRARA

« Rien dans l'histoire n'a ressemblé à ce quart d'heure qui commence à 1814 et qui se termine vers 1820 [...]. Ces six années furent un moment extraordinaire, à la fois bruyant et morne riant et sombre, éclairé comme par le rayonnement de l'aube et tout couvert en même temps des ténèbres des grandes catastrophes qui emplissaient encore l'horizon et s'enfonçaient lentement dans le passé. Il y eut là, dans cette lumière et dans cette ombre, tout un petit monde nouveau et vieux, bouffon et triste, juvénile et sénile, se frottant les yeux; rien ne ressemble au réveil comme le retour ».

V. HUGO, *Les misérables*, partie 3, liv. 3, ch. 3, Bruxelles, A. Lacroix, Verboeckhoven et c. éditeurs, 1862, V, p.152

1. *De minimis curat Praetor*. — 2. Un'idea di legislazione: Giuseppe Petrozzani e la ricostituzione organizzativa del Ducato di Massa e Carrara. — 2.a. Il diritto sostanziale. — 2.b. L'ordinamento giudiziario e il diritto processuale. — 2.c. Alcune leggi del 1815. — 3. Il Supremo Tribunale di Giustizia tra Grande Tribunale e Corte di Cassazione. — 3.a. Qualche cenno sulla « idea di cassazione ». — 3.b. Una causa trattata dinanzi al Supremo Tribunale di Giustizia. — 3.c. Ancora sul Tribunale di Giustizia come Corte di Cassazione. — 4. Un pratico di rilievo: Odoardo Micheli Pellegrini. — 4.a. « I libri denno insegnare il modo di studiare le leggi, e rettamente applicarle, non denno decidere le controversie forensi ». — 4.b. Questioni nuove e soluzioni tradizionali: il voto dell'Ufficio fiscale come *consilium sapientis iudiciale*. — 5. Alcune riflessioni conclusive.

1. De minimis curat Praetor.

Questo studio dell'esperienza giuridica del Ducato di Massa e

Carrara nella Restaurazione vuole essere un contributo che si iscrive nel più ampio dibattito storiografico, relativo ad un periodo così fecondo nella storia del pensiero giuridico contemporaneo; in particolare, la *microstoria* di questo piccolissimo Ducato si presta, a mio avviso, a « verificare sul campo » alcune questioni aperte che, specialmente in questi ultimi anni, hanno coinvolto storici e giuristi insigni, i quali ovviamente — e in modo del tutto condivisibile — hanno preferito rivolgere le loro attenzioni alla *macrostoria*, quella cioè dei grandi ordinamenti giuridici che sono stati il traino indiscusso del pensiero giuridico moderno e contemporaneo, tralasciando di soffermarsi su queste realtà minori pure riconducibili al medesimo complesso d'esperienza ⁽¹⁾.

Alcuni temi sono parsi significativi e meritevoli, per questo, di approfondimento, utilizzando l'angolo di osservazione fornito dal Ducato massese: intanto quello della *codificazione del diritto*, fenomeno centrale di questo periodo, che vede la maggior parte degli Stati italiani preunitari orientarsi per la scelta codicistica ⁽²⁾.

A Massa invece assistiamo, dopo il Congresso di Vienna, al ritorno integrale al vecchio sistema di diritto comune: la duchessa Maria Beatrice Cybo d'Este, riprendendo possesso dei suoi dominî, ordinò infatti l'abolizione di tutta la legislazione francese e italica e pose nuovamente in vigore le leggi antecedenti al giugno 1796; tutto questo operando in direzione contraria non solo a quanto avveniva nelle vicinissime contrade della Liguria e del Ducato di Lucca dove i codici avevano ancora applicazione, pur con le neces-

⁽¹⁾ Cosicché è potuto accadere che anche un Maestro illustre come Guido Astuti, parlando dei riflessi politici delle guerre di successione d'inizio Settecento sull'assetto degli Stati italiani, cadesse nell'inesattezza di affermare che nel 1741, con le nozze tra Maria Teresa Cybo e Ercole III d'Este, « in Toscana era scomparso il principato di Massa e Carrara, unito al ducato di Modena » (G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno in Italia. Lezioni di storia del diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 1967, p. 175).

⁽²⁾ Per una panoramica degli Stati preunitari e delle loro scelte legislative, cfr. C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*⁶, Roma-Bari, Laterza, 1998, pp. 223-255; e adesso anche M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime all'unità*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 143-262.

sarie modifiche ⁽³⁾, ma anche contrariamente a ciò che avveniva nel Granducato di Toscana — che pure, come tutti sanno, registrò la reintroduzione del diritto comune —, dove non si procedette ad un indiscriminato ritorno all'antico, ma si lasciarono in vigore alcune parti della legislazione francese, come il codice di commercio e la legge ipotecaria e si confermò l'abolizione degli statuti locali ⁽⁴⁾.

Il Ducato di Massa, per alcuni aspetti istituzionali e di politica del diritto, può essere avvicinato al Ducato di Modena, non fosse altro per il fatto che il duca modenese Francesco IV d'Asburgo Este, quale figlio della predetta Maria Beatrice, era destinato a succedere sul trono del piccolo Stato toscano; questa circostanza, fra l'altro, impose di rendere meno stridenti le differenze tra le legislazioni di diritto patrio dei sue Stati, cosicché, proprio in vista dell'unione personale che si sarebbe verificata nel 1829 alla morte della duchessa, si tentò, neppure troppo velatamente come si vedrà, dal Governatore Giuseppe Petrozzani, di armonizzare la legislazione di Massa e Carrara a quella del Ducato estense, che con le

⁽³⁾ Per quanto riguarda i territori dell'ex Repubblica Ligure infatti (che proprio allora era stata assegnata ai Savoia e inglobata nel Regno di Sardegna), c'era stata un'apposita prescrizione da parte del Congresso di Vienna di mantenere in vigore i codici napoleonici; e così pure nel Ducato di Lucca, assegnato a Maria Luisa Borbone Parma, i codici non erano stati per niente messi in discussione. Su queste vicende si vedano rispettivamente per Genova: L. SINISI, *Giustizia e giurisprudenza nell'Italia preunitaria. Il Senato di Genova*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 1-2, 24-36; I. SOFFIETTI-C. MONTANARI, *Il diritto negli Stati sabaudi: le fonti (secoli XV-XIX)*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 136-137 ed E. GENTA, *Ecclettismo giuridico della Restaurazione*, in « Rivista di Storia del Diritto Italiano », LX, 1987, pp. 297-298 (ora anche in *Studi in memoria di M.E. Viora*, Roma, Fondazione Mochi Onory, 1990, pp. 363-364, dalla quale si citerà in seguito); per Lucca: M. MONTORZI, *Il caso della Toscana: una terra di diritto giurisprudenziale e forense di fronte alla cultura ed alle tensioni dell'omologazione codicistica*, in « Richterliche Anwendung und Umsetzung des Code civil in seinem europäischen Geltungsbereichen außerhalb Frankreichs », Hrsg. von B. Dölemeyer, H. Mohnhaupt, A. Somma, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2006, pp. 337-344; brevi cenni anche in M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative*, p. 226.

⁽⁴⁾ Queste vicende toscane eran già puntualmente ricostruite da F. FORTI, *Leggi e amministrazioni toscane*, in ID., *Scritti varii*, Firenze, Cammelli, 1865 (ma il saggio è del 1833), pp. 733-734 e anche nei suoi *Libri due delle Istituzioni di diritto civile accomodate all'uso del foro*, Firenze, Cammelli, 1863, I, pp. 553-554 (la cui prima edizione, postuma, è del 1840).

Costituzioni modenesi del 1771 costituiva un riconosciuto esempio legislativo ⁽⁵⁾.

Uno studio dell'esperienza giuridica massese può consentire allora di vedere quale idea di codice si aveva in quel periodo e perché si ritenne di non accettare passivamente i modelli degli Stati vicini: in altri termini permette di verificare concretamente come fu vissuta la contrapposizione (se contrapposizione vi fu) tra il sistema del tardo diritto comune e la codificazione.

Un altro problema, collegato alla codificazione e all'idea della centralità della legge nell'ordinamento giuridico, la cui consistenza può essere saggiata dalla visuale del Ducato, è quello del ruolo della Corte di Cassazione negli ordinamenti a diritto codificato; di una corte, cioè, chiamata ad operare per la salvaguardia della legge dalle interpretazioni erranee dei giudici di merito, le cui funzioni nomofilattiche valgono a distinguerla dai Grandi Tribunali d'antico regime e rappresentano il tratto caratterizzante: quello di essere giudice di legittimità e non di merito ⁽⁶⁾.

Ebbene, nel Ducato di Massa abbiamo nel 1815, per la prima volta nella sua storia, l'istituzione di un Supremo Tribunale di Giustizia che è giudice di terza istanza (giudice di merito nella proce-

⁽⁵⁾ M. CAVINA, *Il potere del padre, II. La scuola giuridica estense e la promozione della patria potestà nel Ducato di Modena*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 381, ha intravisto un'« opportunità omogeneizzazione con la normativa estense »; cosa che, secondo F. CECCOPIERI MARUFFI, *Estensi ed austro estensi prima e dopo il Congresso di Vienna: la restaurazione del Ducato di Massa*, in « Atti e memorie della Deputazione di Storia Patria per le antiche Provincie Modenesi », s. XI, XVI, Modena, Aedes Muratoriana, 1994, p. 321, si deve al fatto che Maria Beatrice, « pur comprendendo che dovevasi preparare il trapasso dei poteri da una famiglia prettamente italiana, ad un rappresentante di Casa d'Austria, non si arroccò ottusamente su posizioni di assolutismo, che apparivano ormai superate, ma intese invece dedicarsi alla pacifica riorganizzazione dei suoi domini, in modo da determinarne, senza scosse la futura unione con il Ducato di Modena, già retto dal figlio Francesco ».

⁽⁶⁾ Qualche riflessione da storico su un problema attuale che affatica ancora i processualisti, in M. ASCHERI, *Sul « problema Cassazione »: un punto di vista « storico »*, in Scintillae iuris. *Studi in memoria di Gino Gorla, I. Gino Gorla: la figura e l'opera. Le fonti, il precedente, la sentenza. La cultura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 145-154, che ha notato come i due miti codificatori che accompagnarono l'istituzione di un Giudice siffatto — assicurare l'uniformità del diritto e la sua conoscibilità — siano purtroppo rimasti tali.

dura ripristinata di stampo romano-canonico), ma che ha anche funzioni di Corte di Cassazione per i giudizi introdotti nel vigore delle abolite leggi; appare di tutta evidenza allora l'interesse dello storico del diritto a vedere come i giudici abbiano consapevolezza di questa differenza strutturale tra i due tipi di giudizio a cui un medesimo Tribunale è chiamato.

Infine, in un ordinamento così limitato vivente a diritto comune è a mio avviso possibile osservare la fase terminale di un venerando sistema oramai confinato in una dimensione asfittica: più ancora del Granducato di Toscana, dello Stato pontificio, di parte del Regno di Sardegna, a Massa, come ancor oggi nella Repubblica di San Marino, si deve fare i conti con l'assenza di una vera scienza giuridica e le istanze di aggiornamento di quel sistema sono rimesse in modo esclusivo alla giurisprudenza, la quale peraltro qui non giudica seguendo lo stile delle Rote d'antico regime, con le decisioni che rappresentano l'elaborazione dottrinale prodromica alla sentenza, ma al contrario nella forma degli *arrêts* di stampo francese, che se possono soddisfare in modo sufficiente a una funzione di motivazione endoprocessuale del caso concreto, ben difficilmente possono svolgere quell'altra funzione di tipo extraprocessuale, svolta dalla *decisio* e assai più importante della prima, di fornire un modello sapienziale generale avente efficacia quasi di legge (7).

Ecco allora perché una ricerca di storia giuridica massese può avere un'importanza che travalica la storia locale e costituire un contributo anche significativo alla storia giuridica dell'età della Restaurazione. Talvolta *minima sunt curanda*, insomma.

2. *Un'idea di legislazione: Giuseppe Petrozzani e la ricostituzione organizzativa del Ducato di Massa e Carrara.*

Con un promemoria del 13 agosto 1814, la duchessa Maria

(7) Su questa efficacia, assunta dalle *decisiones* sul limitare del medioevo, cfr. E. CORTESI, *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma, Bulzoni, 1992, pp. 93-95. U. SANTARELLI, *La funzione del giudice nell'esperienza giuridica. Lezioni di storia del diritto*, Pisa, SEU, 1983, pp. 55-59, ha parlato di « ideologia della decisio », per sottolineare l'importanza da essa assunta tra i fatti di normazione nell'antico regime.

Beatrice indicava al Consigliere Petrozzani — di lì a poco nominato Governatore ducale degli Stati di Massa e Carrara — i suoi *desiderata* per la riorganizzazione dei propri dominî dopo la parentesi francese.

In primo luogo la sovrana richiamava l'attenzione del suo funzionario sulla necessità di ritornare all'antico: « Deve essere abolito il Codice Napoleone, e così qualunque nuova legge, o Statuti, che possono essere stati introdotti sotto gli ultimi Governi dopo il Giugno 1796; e debbono rimettersi in vigore Leggi e Statuti vigenti fino alla detta epoca del Giugno 1796 (salvo quelle modificazioni e cambiamenti, che si troveranno necessari, o opportuni ne' presenti tempi, e in conformità delle circostanze) »⁽⁸⁾.

Si trattava di un ritorno all'antico, con la consapevolezza però che non tutto poteva essere come prima: il secolo da quasi tre lustri concluso aveva insegnato che il venerando sistema del diritto comune necessitava almeno di consistenti correzioni per poter funzionare e d'altra parte l'Assolutismo illuminato, i cui canoni certamente la duchessa ben conosceva, imponeva alcune riforme nel campo del diritto civile, del diritto penale e nell'amministrazione dello Stato, che ormai non potevano più essere procrastinate.

Pur rimanendo ancorata all'antico, scegliendo quella che è stata definita una « politica dell'amalgama »⁽⁹⁾, Maria Beatrice chiedeva al Petrozzani di non procedere al superamento del sistema di diritto comune ma, conformemente alle istanze riformistiche settecentesche, di « tenere per base » gli antichi Statuti albericiani e di modi-

⁽⁸⁾ ARCHIVIO DI STATO DI MODENA (d'ora in avanti, ASMO), *Eredità Cybo Gonzaga*, b. 481, *Massime generali per regola del Consigliere Petrozzani*, 13 agosto 1814.

⁽⁹⁾ L'espressione è di U. MARCELLI, *Aspetti della Restaurazione nel Ducato di Massa e Carrara*, in « Massa e Carrara nella Restaurazione. Il governo di Maria Beatrice Cybo d'Este », Atti e Memorie del Convegno tenuto a Massa e Carrara 31 agosto-2 settembre 1979, Modena, Aedes Muratoriana, 1980, p. 25. Mi pare si possa accogliere senza riserve anche per la Restaurazione a Massa il termine « eclettismo », già utilizzato, seppure con particolare riguardo all'esperienza piemontese, da L. BULFERETTI, *La Restaurazione (1815-1830)*, in *Storia d'Italia*, coord. da N. Valeri, III, *Dalla Pace di Aquisgrana all'avvento di Camillo Cavour*, Torino, UTET, 1965, pp. 422-428, e sul quale ha posto nuovamente l'attenzione alcuni anni or sono GENTA, *Eclettismo giuridico*, pp. 368-375.

ficarli nelle parti non più consone alla mutata società, « per mettere al più presto in piedi uno stabile sistema di Legislazione » (10).

Anche il sistema giudiziario abbisognava di notevoli cambiamenti: si poteva secondo la sovrana mantenere un giudice di prima istanza a Massa e uno a Carrara, ma per il secondo grado dovevasi nominare « un soggetto esperto tanto in materie Criminali, che Civili, che potrebbe avere il titolo di Uditore, o Presidente, e due Consiglieri pure esperti in ambe le dette materie ». Per il giudizio di revisione, al quale si faceva luogo in caso di sentenze difformi nei precedenti due gradi, la duchessa pensava opportuno disporre l'adizione del Tribunale Supremo di Giustizia di Modena, « previa però la petizione che dovrà essere fatta al Governo che rappresenta la Sovrana con l'esposizione dei motivi, e la possibilità di ricorrere verrà accordata, facendosi precedere l'insinuazione di procurare l'accomodamento frà [*sic!*] le parti, e il mezzo di un compromesso che in tal caso sarà inappellabile » (11).

In quest'ottica di chiudere definitivamente con l'esperienza importata dai francesi è anche da vedere la disposizione che ella impartiva al Petrozzani di abolire la tassa del registro (12) e di provvedere al ripristino dell'apparato di polizia prenapoleonico per la tutela dell'ordine pubblico: la tassa del registro veniva definita « gravosa ed odiosa » e soprattutto, osservava la duchessa, « mai praticata prima dell'epoca del giugno 1796 », in guisa che se ne rendeva necessaria la totale abolizione, mentre la reintroduzione della milizia e di un congruo numero di birri doveva servire in primo luogo per consentire alle truppe modenesi stanziate a Massa di lasciare il Ducato e poi per garantire l'ordine pubblico dopo gli sconvolgimenti causati dalla Rivoluzione (13).

In un'ottica tipicamente giurisdizionalista — anche questa da vedersi quale sicura conferma di un'appartenenza della duchessa

(10) ASMO, *Ibidem*.

(11) ASMO, *Ibidem*.

(12) Mentre si doveva lasciare quella sul bollo che, avvertiva la duchessa, « potrà essere ridotta a minor pagamento, colla proporzione a un dipresso, che si trova ora regolata in Toscana (ASMO, *Ibidem*) ».

(13) Al comportamento poco commendevole dei dragoni estensi stanziati nel Ducato accenna U. MARCELLI, *Aspetti della Restaurazione*, p. 15, nt. 6.

all'altro secolo — Maria Beatrice impartiva alcune direttive riguardanti i beni ecclesiastici incamerati dal passato governo francese, prescrivendo che quelli ancora invenduti dovessero essere restituiti « ma previa una generale liquidazione ad oggetto di farne un [*sic!*] equa distribuzione frà [*sic!*] quelli che vi hanno diritto, e supplire per gli altri colle proporzionate pensioni ».

Intercorsa nei mesi successivi una fitta corrispondenza con il Petrozzani, il quale aveva inviato alla sovrana dettagliate relazioni sulle condizioni giuridiche, sociali ed economiche del Ducato ⁽¹⁴⁾, con una lettera data a Vienna il 10 novembre 1814 ⁽¹⁵⁾, Maria Beatrice tornava a precisare alcuni progetti in merito alle riforme legislative da attuarsi.

Ribadita la necessità di abolire *in toto* la legislazione dei cessati governi italico e lucchese e di ripristinare le leggi anteriori all'invasione del 1796 con le modificazioni resesi necessarie, la sovrana si soffermava sulla riforma giudiziaria disponendo che essa fosse « modellata per quanto lo comporta la somma differenza de' Paesi », su quella dell'Editto giurisdizionale del Ducato di Modena del 28 agosto 1814, anche se era necessario tener conto, nella scelta del personale che doveva essere assai contenuto nel numero, da un lato delle ristrettezze economiche della Camera ducale massese e dall'altro della piccola estensione territoriale del Ducato con la conseguente esiguità del carico giudiziario; cose tutte che consentivano, a suo avviso, di non richiedere un numero elevato di giudici e di ausiliari.

Le altre precisazioni riguardavano poi i rapporti tra Stato e Chiesa e ancora la riorganizzazione della polizia: quanto ai primi la duchessa sottolineava la sua premura che, fin dal primo editto da pubblicarsi, dovessero essere manifestate le sue « ferme intenzioni che siano ristabilite subito quelle Leggi, o regolamenti tendenti alla perfetta osservanza della Nostra Santa Religione »; mentre in merito alla seconda questione, chiedeva al Petrozzani di accennare a

⁽¹⁴⁾ Cfr. *infra*, nel prosieguo del testo.

⁽¹⁵⁾ ASMO, *Eredità Cybo Gonzaga*, b. 481, *Maria Beatrice a Petrozzani*, Vienna 10 novembre 1814.

qualche regolamento al fine di « mantenere un buon ordine di polizia » (16).

Se queste erano le idee della sovrana per le riforme nei suoi Stati, va detto *d'emblée* che il Petrozzani ne fu il fedele traduttore pratico: se passiamo infatti ad analizzare le relazioni da lui inviate a Maria Beatrice nel corso del 1814, vediamo come sia subito evidente il suo *idem sentire* con la sovrana (17); l'adesione del Petrozzani al vecchio ordinamento non è formale, frutto di semplice esecuzione compiacente degli ordini ricevuti, ma direi del tutto convinta: egli non opera come mero esecutore della volontà della duchessa, ma sembra aderire pienamente a quei *desiderata*, forse perché consoni all'ambiente in cui era cresciuto — quello lombardo-austriaco (18) — e dove aveva avuto la sua formazione intellettuale — l'Università di Pavia (19) —. Adesione quindi alle idee riformi-

(16) ASMO, loc. ult. cit.

(17) Nella lettera del 10 novembre 1814 cit., anche la duchessa aveva avuto modo di palesare questa unanimità d'intenti: affidando al Petrozzani il compito di stendere la minuta dell'editto, dopo aver dettato i principî di cui nel testo, Maria Beatrice affermava infatti che « Ella [il Petrozzani, s'intende] potrà sopra di ciò regolare quella minuta di Editto che desidero da Lei, in conseguenza della stima che fò de' di Lei Lumi, e della fiducia che ripongo ne' di Lei ottimi sentimenti, e per cui son certa ch'Ella si farà carico di combinare le spiegate mie massime colle circostanze tutte onde ne derivi quel vero bene pei miei sudditi ch'è il mio principale oggetto ».

(18) Nella cui orbita, come si sa, gravitava anche Maria Beatrice, che aveva sposato l'arciduca d'Austria Ferdinando († 1805) ed era dunque nuora dell'Imperatrice Maria Teresa. Questi profili dinastici son ricostruiti puntualmente, tra gli altri, da G. BEDONI, *Il Ducato di Massa e Carrara dal 1815 al 1829: stato patrimoniale o stato di polizia?*, in « Massa e Carrara nella Restaurazione », pp. 259-264. Una ricostruzione del quadro lombardo in M.G. DI RENZO VILLATA, *Introduzione. La formazione del giurista in Italia e l'influenza culturale europea tra Sette ed Ottocento. Il caso della Lombardia*, in « Formare il giurista. Esperienze nell'area lombarda tra Sette e Ottocento », a cura di M.G. di Renzo Villata, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 40-65.

(19) Originario di Mantova, Petrozzani si era laureato in giurisprudenza, come allievo del Collegio Ghislieri, il 14 giugno 1786 (cfr. M.C. ZORZOLI, *Le tesi legali all'Università di Pavia nell'età delle riforme: 1772-1796*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino-La Goliardica, 1980, pp. 249-250); nell'ambiente di Luigi Cremani avrebbe maturato la dissertazione *Iuris criminalis positiones quas publice defendendas aggreditur Ioseph Petrozzani mantuanus*, Ticini, apud Petrum Galeatium, 1786, ma l'attribuzione di quest'opera all'autore indicato è stata revocata in dubbio già dai primi decenni dell'Ottocento (*Cenni sulla vita e sull'opere del cavalier presidente Luigi Cremani*, in L. CREMANI,

ste, ma senza sconfessare l'*ancien régime*, nell'ottica anch'egli di quell'Assolutismo illuminato, cui abbiamo accennato ⁽²⁰⁾.

Due sono le priorità che il Petrozzani evidenziava a Maria Beatrice: posta l'imprescindibile scelta del ritorno all'antico sistema giuridico, era necessario individuare *in primis* alcune eccezioni all'abolizione totale della legislazione francese e subito dopo procedere ad una uniformazione del contenuto normativo dei due statuti di Massa e di Carrara, sia per quanto concerneva il diritto penale

De iure criminali, Florentiae, apud Caietanum Casoni, 1848, pp. XI-XII), come ricorda E. DEZZA, *Il magistero di Luigi Cremani e la formazione del giurista a Pavia nell'età delle riforme*, in « Formare il giurista », p. 158, il quale fornisce un ampio e dettagliato panorama dell'insegnamento del diritto nell'Università di Pavia tra Sette e Ottocento e soprattutto sulle linee guida omogenee al riformismo austriaco perseguite dall'Ateneo (pp. 115-125). Su Cremani, vedi da ultimo M. MONTORZI, *Der Richter als Zensor. Der Ermittlungsrichter Luigi Cremani und das Problem der imputabilitas in der Krise des Gemeinen Rechts vor der Zeit der Kodifikationen*, in « Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung », Hrsg. M. Kaufmann/J. Renzikowski, Frankfurt am Main-Berlin und a., Peter Lang, 2004, pp. 47-56 e bibliografia ivi citata; ora anche in versione it. *Giurisdizione criminale e funzione censoria dei magistrati (Cremani, Filangieri e Carmignani, ed il problema dell'« imputabilitas » nella crisi del Diritto Comune pre-codificato)*, in *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, a cura di O. Condorelli, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2004, pp. 89-96. Sull'importanza del Collegio Ghislieri nella formazione delle élites intellettuali lombarde, si vedano gli ancor validi studi curati da M. BENDISCIOLI, *Il Collegio Ghislieri di Pavia. Istituzione della riforma cattolica*, 2 voll., Milano Giuffrè, 1966-1970.

⁽²⁰⁾ Non so fino a che punto sia condivisibile il giudizio attribuito a Giovanni Sforza e tralaticamente riportato anche dalla recente storiografia locale (cfr. da ultimo, F. BONATTI, *L'età delle riforme e la Restaurazione a Massa*, in Id., *Massa Ducale*. Con contributi di G. e N. Salvatori e M. Ratti Carpenzano, Pisa, Giardini editori e stampatori, 1987, p. 217), secondo il quale il Petrozzani e gli altri componenti la Reggenza di fine Settecento (Alderano Testoni e Paolo Agostino Ceccopieri) « sarebbero tutta buona gente fiore di galantuomini ma corti, senza un'idea al mondo ». Si sofferma in modo convincente sull'indole reazionaria del Petrozzani, S. GIAMPAOLI, *Società e cultura a Massa Carrara nella Restaurazione*, in « Massa e Carrara nella Restaurazione », p. 78; mentre lo Sforza, sottolineandone la « cattiveria di cuore », aveva a suo tempo ricordato come nessuno lo avesse rimpianto al momento del collocamento a riposo (cfr. G. SFORZA, *Massa cinquant'anni fa — Ricordi*, in P. FERRARI, *Baltroméo Calzolaro. Commedia in dialetto massese edita e illustrata da G. Sforza*, Firenze, Tipografia di Salvatore Landi, 1899, pp. 10, 16).

che quello civile ⁽²¹⁾. L'altra priorità era rappresentata dall'indispensabile riforma dell'ordinamento giudiziario del Ducato ⁽²²⁾.

2.a. *Il diritto sostanziale.*

Quanto alla prima urgenza, Petrozzani rilevava innanzitutto come dovesse essere salvato dall'abolizione generale il sistema ipotecario introdotto dai francesi, « da rendersi peraltro meno dispendioso », e le ragioni sono davvero interessanti, da meritare di essere riportate per esteso: « Un tale sistema — diceva il futuro Governatore — da molto tempo era universalmente desiderato per la preveduta sua utilità. Solo per le incontrate difficoltà a porlo in esecuzione era questa stata sospesa ed avendo ora avuto luogo pare che si dovesse mantenere. Per abolire il Codice Francese anche in questa parte bisognerebbe contemporaneamente pubblicare una legge comprensiva del medesimo sistema ipotecario nella quale si potrebbero omettere diverse formalità prescritte dal Codice Francese sotto pena di nullità sebbene non necessarie alla sostanza del sistema » ⁽²³⁾.

In altri termini, il codice aveva introdotto in questa materia una semplificazione di cui si avvertiva il bisogno e alla quale non si era

⁽²¹⁾ Il problema è presente già in una relazione di Petrozzani alla duchessa del 5 agosto 1814 e dunque precedente allo stesso promemoria della sovrana di cui si è discusso (ASMO, *Eredità Cybo Gonzaga*, b. 481, Rel. n. 88).

⁽²²⁾ Di cui il Petrozzani parlava a partire da una relazione datata 26 giugno 1814 (ASMO, *Ibidem*, Rel. n. 64). Il cortese lettore mi perdonerà una digressione *ad usum Pisanae gentis*: questa relazione fu data a Pisa, a differenza delle altre che citerò in prosieguo, tutte spedite da Agnano (oggi nel Comune di San Giuliano Terme). Da una brevissima indagine è risultato che Petrozzani fu proprietario, dal 1808 al 1814, del bel palazzo Giuli Rossellini Gualandi sul Lungarno Gambacorti, adesso destinato a nuova sede della Fondazione della Cassa di Risparmio cittadina. Su questo cfr. A. PANAJIA, *Blasoni in pietra*, in « Pisa nei secoli: l'arte, la storia, la tradizione », a cura di A. Zampieri, I, Pisa, ETS, p. 188, e « Notiziario Fondazione Cassa di Risparmio di Pisa », Luglio 2002, p. 2 (una sintetica scheda sull'intervento di restauro, con informazioni storiche, è disponibile anche sul sito internet della fondazione all'indirizzo www.fondazionecaripisa.it). Ad Agnano invece i Cybo Malaspina erano proprietari in allodio di una villa con annessa fattoria, attualmente di proprietà del conte Giovanni Tadini Buonisegni (qualche ulteriore ragguaglio in www.agnanopisano.it).

⁽²³⁾ ASMO, *Eredità Cybo Gonzaga*, b. 481, Rel. n. 88.

potuto pervenire con riforme « ordinarie », vale a dire senza una rivoluzione che spezzasse i legami con il vecchio sistema: una volta introdotta questa semplificazione, non v'era ragione alcuna per ritornare all'antico. D'altra parte, per la conservazione del sistema ipotecario aveva optato anche il legislatore del vicino Granducato di Toscana, avendogli riconosciuto quelle bontà intrinseche, seppure non esenti da mende, notate dal Petrozzani.

Dall'abrogazione poi dovevano essere salvate alcune « leggi di Finanza », quali quella sull'abolizione delle privative camerali di frantoi e mulini, quella di abolizione delle vicinanze di Carrara e quella riguardante il dazio dei marmi ⁽²⁴⁾.

Il Petrozzani d'altronde notava che il ripristino — seppure indiscutibile — dei vecchi ordinamenti doveva essere provvisorio: era necessario por mano, in tempi brevi, ad una più generale riforma, in tutti i campi del diritto: « Adottandosi il principio di una legislazione che sia comune agli Stati di Massa e Carrara, per quanto si possono ritenere le massime adottate dagli Statuti e che convenghino alle circostanze attuali, il sistema di una stabile legislazione non si potrà avere se non da una legislazione sostanzialmente nuova, che richiederà necessariamente il suo tempo » ⁽²⁵⁾.

Perché in effetti uno dei nodi principali da sciogliere, nel ripristinare *in toto* l'antica legislazione, era quello di uniformare il diritto statutario: gli statuti di Carrara e di Massa, risalenti rispettiva-

⁽²⁴⁾ ASMO, *Ibidem*, Rel. n. 100, 26 agosto 1814.

Sulle vicinanze di Carrara — particolari organizzazioni comunitative, non solo per il godimento di usi civici, ma anche per l'esercizio di poteri pubblicistici —, cfr. O. ROMBALDI, *L'economia di Massa e Carrara nell'età napoleonica e nella Restaurazione (1796-1831)*, in « Massa e Carrara nella Restaurazione », pp. 152-154, e C. PICCIOLI, « Universitas Vallis Carrariae »: *una comunità di valle del medioevo*, in « Atti e memorie della Deputazione di Storia Patria per le antiche Province Modenesi », s. X, II, Modena, Aedes Muratoriana, 1967, pp. 165-175, ora in *Gli ordinamenti della città di Carrara dal medioevo al XIX secolo*. Saggi storico-giuridici di C. Piccioli e B. Gemignani, Comune di Carrara, 1991, pp. 5-14. Sull'importanza, ancora per il diritto odierno, della legislazione dei duchi di Massa e Carrara in materia di marmo, cfr. C. PICCIOLI, *v. Marmo*, in « Enciclopedia del Diritto », XXV, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 698-703.

⁽²⁵⁾ ASMO, loc. ult. cit.

mente al 1574 e al 1592 ⁽²⁶⁾, presentavano tra loro non poche differenze sostanziali; queste difficilmente potevano andar d'accordo con il disegno accentratore perseguito da tutti i sovrani restaurati e per niente rispondevano alle moderne istanze razionalizzatrici del sistema giuridico, secondo le quali molte particolarità non trovavano più alcuna giustificazione, ma venivano vissute come vieti reaggi del passato.

Differenze sussistevano nel campo del diritto di famiglia e delle successioni, nel diritto penale e nella giurisdizione civile e criminale e non erano di poco momento: tanto per esemplificare si pensi alla maggiore età per i sottoposti a cura o tutela, che a Carrara era fissata a venti anni (cap. 12 lib. 2) ⁽²⁷⁾, mentre a Massa era a diciotto anni per gli affari civili e a venti per i profili di diritto penale (cap. 47 lib. 3) ⁽²⁸⁾. Da questa *aetas legitima* doveva ulteriormente distinguersi quella per i figli di famiglia, sottoposti alla *patria potestas*, riguardo alla quale a Carrara si stabiliva che il consenso del padre era richiesto fino all'età di venti anni nei contratti o quasi contratti stipulati dal figlio o perché questi potesse stare in giudizio, ad eccezione del contratto di mutuo per il quale lo si richiedeva fino al compimento dei trenta; mentre a Massa si prevedeva la possibilità che i figli di famiglia potessero validamente obbligarsi o stare in giudizio senza il consenso del padre, compiuti i diciotto anni, ec-

⁽²⁶⁾ Entrambi stampati a Lucca, apud Vincentium Busdraghium e ristampati in anastatica a Massa, Type Service Editore, rispettivamente nel 1993 e nel 1991.

⁽²⁷⁾ (De aetate legitima, et modis quibus tutela, et cura finitur) « Statuimus, quod quamvis Tutela in masculino xiiii aetatis suae anno, et in femina xii completo finitur; cura vero xxv anno completo expiret de iure Communi; tamen hoc praesenti Statuto, Tutela vel cura minorum tam in masculino, quam in foemina finiatur, et expiret, cum pervenerint ad aetatem xx annorum completam ».

⁽²⁸⁾ (De aetate legitima, et qualiter tutela, et cura finiatur) « Aetas legitima, et perfecta nostro iure municipalis tam masculino, quam foemina sit, atque intelligatur quando minor sive masculus, sive foemina decem, et octo annos compleverit. Quo casu tutela, et cura sit finita, et possit qui ad hanc aetatem pervenerit in iudicio stare, agere, et convenire, res suas alienare, et omnia alia facere, quae de iure communi maior annis viginti quinque facere posset. Illud tamen adnotamus in foemina, quod si nupta fuerit ante annum decimum octavum statim desinat esse sub tutela, vel cura. Et praedicta locum habeant in civilibus: in criminalibus autem legitimam aetatem esse volumus post vigesimum quintum annum completum; in quo tempore minores potantur privilegiis sibi a iure, vel statuto indultis ».

cetto i casi di mutuo e del voto, per i quali era richiesto il compimento del venticinquesimo anno, a meno che non fossero stati *publici mercatores, vel artifices* ⁽²⁹⁾.

Oppure si pensi alla facoltà di fare testamenti, alle diverse fattispecie criminose previste dagli statuti o alle differenti pene per una medesima fattispecie; ed infine, *last but not least*, alla diversità dell'organizzazione giudiziaria sulla quale ci soffermeremo più avanti.

C'era dunque di che lavorare, e il Petrozzani non si tirò indietro, presentando alla duchessa una serie di relazioni in cui indicava i necessari interventi di uniformazione tra gli statuti, con uno sguardo anche in queste materie alla paradigmatica legislazione estense.

Riguardo al diritto penale statutario, egli osservava che ormai molte fattispecie criminose non erano più rispondenti alle necessità dei tempi correnti e come per converso altre fattispecie introdotte comunemente dalle legislazioni di altri Stati moderni non fossero annoverate: il sistema penale del Ducato gli appariva imperfetto sia per la qualità e la proporzione delle pene, sia per la deficienza di fattispecie. Era dunque necessaria, a suo avviso, « una Riforma integrale del penale sistema, operazione che richiede esame a tempo per combinarlo moderato nel rigore, ma però tale che corrisponda al fine per cui è istituito della sicurezza personale e reale del Sovrano e dei Sudditi.

In pendenza di una tale Riforma ripristinandosi la Legislazione penale degli Statuti, in luogo di quella Francese che si vada ad abolire, l'applicazione delle pene sarà necessariamente arbitraria tutte le volte che la Legge infligge pene disapprovate dall'uso universale, o per la loro qualità, o per l'eccessivo loro vigore, come accadeva negli ultimi tempi prima che si attivasse la Legislazione Francese. Pare per altro che un simile inconveniente si potesse togliere in gran parte, mediante una generica provvisoria riforma delle stesse pene disapprovate » ⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ Rispettivamente cap. 50 lib. 2 *Statuta Carrariae*; cap. 34 lib. 3 *Statuta Massae*.

⁽³⁰⁾ ASMO, *Ibidem*, Rel. n. 128, 8 ottobre 1814, *Riflessi sulla Legislazione penale degli Stati di Massa e Carrara meritevole di riforma per ora provvisoria*.

In quest'ottica doveva essere visto anche il mantenimento della pena di morte (da eseguirsi con la sola decapitazione), accompagnata dalla riduzione delle fattispecie punibili con tale pena e dalla affrancazione da tutti quei rituali esarcerbanti che ne seguivano, secondo il dettato degli statuti (« abbruciamiento del vivo condannato », strascico a coda di cavallo del condannato al luogo dell'esecuzione, squartamento del cadavere, etc.).

Il Petrozzani si poneva quindi in linea con moderate istanze riformistiche del secolo precedente, talora mosse da ideali filantropici⁽³¹⁾, ma era ben lontano dagli ideali di un Beccaria o di un Pietro Verri: egli restava ancorato alle salde convinzioni del suo maestro Cremani sull'indiscutibile funzione di sicurezza svolta dal diritto penale, riconoscendo sì il principio di legalità della pena, ma controbilanciato necessariamente dall'*arbitrium iudicis*, seppure — almeno nelle sue dichiarazioni — da esercitarsi *pro reo*. Con il ripristino della legislazione penale statutaria del Ducato, accompagnata dalle modifiche suggerite, si raggiungeva, per parte sua, « l'intento che l'Amministrazione della giustizia punitiva, sarebbe esercitata senza arbitrio del giudice sulla qualità della pena, mentre [il giudice] dovrebbe applicare quella determinata dalle leggi, non eccessivamente rigorosa ed eseguibile. In seguito con tutto il comodo e conveniente esame, si compilerebbe il necessario nuovo Codice penale »⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ Le sanzioni penali previste dagli Statuti gli sembravano partecipare « di quel rigore di pene anche inasprite, che la successiva Legislazione Europea ha creduto di moderare diversamente ne' diversi Stati, secondo il diverso carattere delle popolazioni, e secondo la generale colta ma soda opinione della natura e fine delle pene medesime » (ASMO, Rel. n. 128, cit.).

⁽³²⁾ ASMO, loc. ult. cit. Non tragga in inganno l'utilizzazione del termine « codice » da parte del Governatore: egli lo usa non nell'accezione che sarà presso di noi ricevuta, vale a dire di « pluralità di enunciati normativi, che presenti questi ed insieme la loro regola di lettura »; ma piuttosto in quella di raccolta ordinata di legislazione patria. Ed infatti egli chiama « codice » anche la Legislazione penale contenuta nelle Costituzioni modenesi di Francesco III. Le parole tra virgolette sono di S. CAPRIOLI, *Codice (abbozzo di una voce per un dizionario di diritto privato)*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », LVII, 2003, 2, p. 382. Sulla polisemia del termine si veda anche P. GROSSI, *Codici. Qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 85-99 e in « Codici. Una rifles-

Quanto agli istituti di diritto civile disciplinati negli statuti, anche qui la necessità di riforme non mancava, proprio in considerazione della più avanzata legislazione estense: in particolare, come si diceva poc'anzi, per molti aspetti del diritto di famiglia e per le successioni.

Innanzitutto in materia matrimoniale, il Petrozzani osserva⁽³³⁾ come, a differenza della Toscana e del Ducato di Modena, a Massa e Carrara essa era interamente riservata alla disciplina e alla giurisdizione ecclesiastica: nel caso di matrimonio all'insaputa o senza il consenso del padre, per esempio, la legislazione toscana non gli riconosceva effetti civili, ma a Massa nulla si disponeva e forse sarebbe stato opportuno qualche intervento del sovrano.

Un altro aspetto era quello sopraccennato della maggior età, riguardo alla quale il Petrozzani suggeriva di uniformarla ai ventun anni, sia per Massa che per Carrara, conformemente alla gran parte degli Stati italiani preunitari; poi, avendo egli da fare i conti con il ripristino della patria potestà — « quasi tolta del tutto dalla Legislazione Francese » — a fronte di una disciplina statutaria non uniforme addirittura riguardo all'età in cui essa cessava, il Petrozzani consigliava di considerare invalidi i contratti posti in essere dal figlio di famiglia non emancipato « di qualunque età », se non accompagnati dall'assenso avito o paterno (assenso che, nel caso di ingiustificato rifiuto, poteva esser ottenuto giudizialmente) e purché il soggetto non fosse già sposato o non fosse un pubblico mercante o artefice.

Collegato alla *patria potestas* era il tradizionale istituto dell'usufrutto legale sui beni non castrensi o quasi castrensi di proprietà del figlio, spettante secondo il diritto comune agli avi e al padre, e che la legislazione francese aveva limitato al compimento degli anni diciotto da parte del minore, disponendo pure che, in caso di mancanza del padre, esso spettasse alla madre.

sione di fine millennio ». Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura di P. CAPPELLINI e B. SORDI, Milano, Giuffrè 2002, pp. 579-586.

⁽³³⁾ Nei *Riflessi su alcune massime della nuova Legislazione Estense nella ripristinazione dell'antica in materia civile forse applicabili anche negli Stati di Massa e Carrara* (ASMO, *Ibidem*, Rel. n. 130, 12 ottobre 1814), edita anche da M. CAVINA, *Il potere del padre*, II, pp. 522-525.

Il Petrozzani, di fronte alla scelta del legislatore modenese di considerare validi ed efficaci gli usufrutti legali costituiti nel vigore dell'abolita legislazione francese, prospettava alla sovrana l'alternativa se adottare anche per il Ducato di Massa tale scelta oppure se ritornare al vecchio sistema, con una semplice riserva a favore delle madri che in quel momento avessero goduto di tali usufrutti. Infine, altri spunti di riforma erano da lui previsti per i prodighi, suggerendosi di adottare integralmente la legislazione estense in punto di interdizione e di accertamento dei presupposti della stessa.

Per quanto concerne le successioni ⁽³⁴⁾, gli interventi dovevano seguire tre direttrici: in primo luogo si doveva rivedere la disciplina dei testamenti, nel senso di conservare il testamento olografo « comodo al testante, che può farlo quando, dove, e come più li piace e senza spesa », ben in linea con la tradizione degli statuti che, nel disciplinare le forme del testamento, avevano come fine quello di far salva la volontà del testatore che risultasse comunque certa. D'altra parte, poiché la legislazione estense aveva abolito l'olografo, doveva essere la sovrana a decidere se uniformarsi o no a questa, disponendo nel primo caso che per i testamenti già fatti si provvedesse, in un congruo tempo, al loro deposito presso un notaio o all'Archivio, in presenza di due testimoni.

In secondo luogo, era da prendersi in considerazione la condizione della donna nella successione: le femmine, all'avviso del Petrozzani, erano state oltremodo favorite dalla legislazione francese che le aveva poste su un piano di parità con i maschi, e per converso la normativa di antico regime era stata troppo dura nei loro confronti, favorendo indiscriminatamente l'agnazione ed escludendole dalla successione. Sull'esempio ancora della legislazione modenese, egli suggeriva di accordare alle donne il diritto alla legittima in presenza di eredi maschi, nel caso sia di successione intestata che testamentaria, naturalmente previa imputazione alla erede della dote che fosse stata già percepita; quanto poi al caso di successione

⁽³⁴⁾ Di cui il Petrozzani si interessava nei *Riflessi su due altre massime in materia di successione adottate dalla nuova Legislazione Estense, applicabili a quella degli Stati di Massa e Carrara* e nei *Riflessi sulla ripristinazione dell'antica Legislazione rapporto alle solennità estrinseche dei testamenti, e rapporto ai fidecommessi* (ASMO, *Ibidem*, rispettivamente, Rel. n. 131, 13 ottobre 1814 e n. 132, 14 ottobre 1814).

senza il concorso di maschi, notava il Petrozzani che già gli statuti di Carrara e di Massa stabilivano la preferenza delle donne sugli agnati e pertanto per la tutela di esse non si rendeva necessaria alcuna riforma del vecchio diritto.

Infine, un'ultima direttrice di riforma riguardava i fedecommissi: il Petrozzani, conformemente a quell'atteggiamento di sfavore verso quest'istituto che aveva caratterizzato il secolo precedente⁽³⁵⁾, propugnava la loro abolizione, o comunque la proibizione di istituirne dei nuovi senza speciale autorizzazione sovrana, a meno che non si fosse trattato di fedecommissi istituiti su capitali del monte camerale; somme, queste, che avrebbero potuto essere sottoposte a vincolo « per quattro gradi senza bisogno di grazia »⁽³⁶⁾.

Fra tutte queste suggerite riforme, nessuna traccia comunque di progetti di codificazione civile: in caso di lacune degli Statuti, il Petrozzani si premurava di ricordare che avrebbe avuto luogo il ricorso al « gius comune dei romani » e al diritto canonico, con le modificazioni a questo introdotte alla data del giugno 1796. Quale sorta di chiusura del proprio lavoro, formulava infatti questa raccomandazione alla duchessa: « Dietro il riflesso che la legislazione ri-

⁽³⁵⁾ Sul fedecommissio e la sua importanza per l'esperienza del diritto comune, cfr. adesso F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis, Esegesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario*, I, *Le premesse romane e l'età del diritto comune*, Napoli, ESI, 2002, *passim*, e per una sintetica panoramica sulla polemica non solo limitata alla Toscana, cfr. S. GIMINIANI, *Echi di un dibattito settecentesco. Bernardo Tanucci e il problema della riforma dei fedecommissi*, in *Bernardo Tanucci nel terzo centenario della nascita 1698-1998*, Pisa, ETS, 1999, pp. 519-543.

⁽³⁶⁾ Efficace la ricostruzione storica che dell'istituto fidecommissario dava lo stesso Petrozzani: « Verso la metà del secolo decorso i Fedecommissi decadde affatto da quel favore che fin'allora avevano goduto come mezzi per conservare nelle famiglie, ed anche accrescere quel grado di opulenza e splendore a cui erano giunte, forse non del tutto indifferente alla politica dei grandi Imperi. L'economia politica trovò in essi un'ostacolo [*sic!*] all'aumento della ricchezza pubblica, nella da essi impedita circolazione della proprietà fondiaria, e nel consumo di lunghe dispendiosissime liti, delle quali erano come una fonte perenne. Proibire od almeno restringere le facoltà di farne di nuovi fù una massima generale; e neppure i già creati ed esistenti rimasero immuni dall'attacco, mentre generalmente furono prima ridotti riguardo alla loro durata, restringendola alla quarta testa, ed indi tolti del tutto abolendoli dall'attuale Possessore; ciò che è principalmente accaduto per fatto della Legislazione Francese, che si vada ad abolire » (ASMO, *Ibidem*, Rel. n. 132, cit.).

pristinata non disponga in alcuni casi criminali, e nella maggior parte di quelli di materia civile, si è creduto opportuno l'ordinare l'applicazione in questi del Gius comune dei Romani, che sussidiariamente aveva forza di legge eziandio nel 1796. In tal modo non si darà caso per il quale il Giudice non abbia una legge applicabile. Forza di legge aveva ancora il Gius Canonico ne' congrui casi modificato per altro da alcune leggi per esempio da quella delle Mani Morte 5 Aprile 1770; quindi nell'art. xxv non si è ripristinato che colle modificazioni che già aveva, limitatamente cioè all'osservanza del medesimo vigeno nel 1796 »⁽³⁷⁾.

La parentesi rivoluzionaria si doveva considerare necessariamente conclusa, con un incondizionato ritorno all'antico anche nelle fondamenta del sistema giuridico. Per farla breve: *heri dicebamus*.

2.b. *L'ordinamento giudiziario e il diritto processuale.*

Anche l'ordinamento giudiziario del Ducato necessitava di una sollecita riforma: ad avviso del Petrozzani si doveva sì abbandonare il sistema napoleonico perché troppo dispendioso — in quanto basato su un'accordata preferenza alla giudicatura collegiale, sul dibattimento orale delle cause in pubblica udienza, con l'intervento del pubblico ministero sempre nelle cause penali e molto spesso nelle civili, e anche su tre gradi di giurisdizione (impropriamente alludendo egli alla cassazione come terzo grado)⁽³⁸⁾ —, ma anche quello precedente al 1796, perché troppo farraginoso ed arretrato. La ripartizione della giurisdizione nel Ducato era avvenuta infatti con esiti differenti tra Massa e Carrara: nella prima città erano stati

⁽³⁷⁾ ASMO, *Ibidem*, *Si rassegna la minuta dell'Editto ordinato col Veneratissimo Dispaccio 10 Novembre*, Rel. n. 147, 4 dicembre 1814 (con allegata bozza dell'Editto).

⁽³⁸⁾ Testualmente in *Qualche riflesso relativo alla provvisoria organizzazione giudiziaria negli Stati di Massa e Carrara* (ASMO, *Ibidem*, Rel. n. 64, 26 giugno 1814, cit.), anche se, nella successiva relazione dell'11 dicembre 1814, il Petrozzani aveva l'accortezza di precisare che l'organizzazione giudiziaria dei cessati governi era basata sul doppio grado di giurisdizione (primo grado e appello), « giacché la cassazione non competeva se non per il titolo di nullità della sentenza per difetto di forme essenziali » (ASMO, *Ibidem*, Rel. n. 148, princ.).

istituiti un Commissario di prima istanza in materia civile e penale, un Auditore per gli appelli (solo civili) e il Collegio degli avvocati cittadini per il grado di revisione; a Carrara invece era stato insediato un Commissario di primo grado in materia civile e penale, mentre il giudice civile d'appello doveva essere nominato — a mente del cap. 5 lib. 1 dello statuto⁽³⁹⁾, poi modificato da un bando di Carlo II⁽⁴⁰⁾ — tra avvocati e *cives* appositamente imborsati; infine le funzioni di giudice per la terza istanza civile e per la seconda penale erano attribuite all'Auditore di Massa.

Un sistema, insomma, di sicuro inaccettabile in un'ottica razionalizzante.

D'altra parte anche il pregevole modello modenese, secondo il Petrozzani, non era facilmente importabile⁽⁴¹⁾: ai suoi occhi, sempre attenti a criteri di economicità, apparivano difficilmente realizzabili l'adozione di tribunali collegiali, il riconoscimento dei tre gradi di giurisdizione anche per le cause penali e pure l'abolizione di un tribunale specifico per le cause camerali; modifiche tutte apportate a Modena dall'editto giurisdizionale del 28 agosto 1814.

Si doveva allora procedere ad una nuova « montatura dei tribunali » che conciliasse le esigenze di buon andamento della giustizia con le ristrettezze economiche della Camera ducale: per il civile, il Petrozzani prevedeva l'istituzione di un Commissario di primo

⁽³⁹⁾ I tre giudici dovevano essere estratti uno da una *Bursa iurisperorum* e due dalla *Bursa civium pro Officio Dominorum Iudicum primae appellationis*: in quest'ultima erano stati imborsati dieci « *probi viri de Terra Carrariae, et ibidem continue habitantes, positi in catastro, et descripti ut supra in aliqua vicinia, et pariter bonae famae, et conditionis, aetatis annorum tringentatium ad minus, et de primatibus dictae Terrae* » (*Statuta Carrariae*, cap. 5 lib. 1, De electione, et officio Dominorum Iudicum primae appellationis).

⁽⁴⁰⁾ *Capitoli, Privilegi, Esenzioni, Giuresdizioni, et Emolumenti del Collegio de' Dottori di Carrara*, Del Giudice dell'Appellatione, in *Bandi per il Marchesato di Carrara*, Massa, Nella stamperia di Francesco delle Dote, 1643 (rist. an. Carrara, Grafiche Cattelani, 2002), p. 83, che fissava l'annualità della carica e disponeva l'imborsazione di tutti i dottori (e non soltanto di sei eletti come voleva originariamente lo statuto alberciano).

⁽⁴¹⁾ All'ordinamento giudiziario modenese egli dedicava i *Riflessi sopra alcune massime del Sistema Giudiziario Estense applicabili o nò a quello degli Stati di Massa e Carrara* (ASMO, *Ibidem*, Rel. n. 134, 21 ottobre 1814).

grado a Massa ed uno a Carrara (il quale, secondo la tradizione di diritto comune doveva essere forestiero e a tempo determinato, con possibilità di conferma) ⁽⁴²⁾, di un Auditore degli appelli (un avvocato delegato dal Governo « scelto sopra lista tripla presentata dalle parti », preciserà dipoi il Petrozzani nella Relazione 107) ⁽⁴³⁾ a Massa, con competenze su tutto il territorio del Ducato, e infine un Tribunale di revisione.

Per il penale, in un primo momento il Petrozzani riteneva che dovesse istituirsi un tribunale collegiale di primo grado composto da un Presidente, dall'Auditore degli appelli e dal Commissario giudice di prima istanza; questo almeno per le « cause criminali portanti pena afflittiva o mista », mentre per quelle con pena pecuniaria, avrebbe potuto farsi luogo ad un procedimento più semplificato, attribuendone la competenza al Commissario per la prima istanza o all'Auditore per la seconda — la cui sentenza sarebbe da considerarsi idonea a passare in giudicato, quantunque difforme dalla prima —, e rilevandosi comunque la necessità di non introdurre in ogni caso e in modo indiscriminato l'accesso al giudizio di revisione ⁽⁴⁴⁾. Successivamente — sempre per ragioni di economicità e modificando il suo precedente consiglio — egli suggeriva di attribuire la competenza al Commissario di prima istanza che avrebbe giudicato « con sentenza definitiva appellabile al terzo Giudice di Revisione, la cui sentenza sarebbe di ultima istanza » ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴²⁾ ASMO, *Ibidem*, Rel. n. 101, 27 agosto 1814. Le ragioni della richiesta qualità di forestiero erano quelle tradizionali: la, almeno in astratto, maggiore terzietà nei confronti delle parti litiganti e l'esatta osservanza degli statuti che così prescrivono. La speranza della riconferma — notava il Petrozzani — avrebbe poi contribuito « viepiù ad allettare aspiranti a questo impiego ».

⁽⁴³⁾ *Idea di un progetto di sistema giudiziario più economico per gli Stati di Massa e Carrara* (ASMO, *Ibidem*, Rel. n. 107, 4 settembre 1814).

⁽⁴⁴⁾ ASMO, *Ibidem*, Rel. n. 101, cit.; con la convinzione che — come egli affermava *apertis verbis* — « ordinariamente le cause criminali sono di più facile decisione delle civili, e le pene pecuniarie di ben limitata somma, per cui minore è il pericolo che il giudizio d'appello sia erroneo, ed in ogni caso il danno di questo giudizio non sarà mai rilevante al segno di adottare per massima la revisione in simili cause ».

⁽⁴⁵⁾ ASMO, *Ibidem*, Rel. n. 107, cit. In questo senso si pronunciava definitiva-

Doveva poi essere abolita la giurisdizione commerciale ⁽⁴⁶⁾ e per converso bisognava introdurre una giurisdizione speciale per le cause camerali, per la quale egli sottoponeva alla duchessa un apposito progetto, ancorché nella legislazione estense questo fòro, come si è detto, non fosse stato ripristinato ⁽⁴⁷⁾.

Assieme a questa « montatura dei nuovi tribunali » non poteva mancare l'individuazione di risorse finanziarie per il loro funzionamento, e così il Petrozzani prospettava l'adozione del sistema sportulare — sportule e tasse giudiziarie a carico delle parti —, accompagnata dalla previsione anche di introiti fissi a carico delle Comuni di Massa e Carrara e a vantaggio della Camera ducale, per consentire a quest'ultima di far fronte alle spese dei magistrati e degli ausiliari. Questi infatti dovevano essere pagati appunto in parte a soldo fisso e in parte con le predette sportule e tasse ⁽⁴⁸⁾.

Per quanto infine attiene alla procedura, va notato conclusivamente come, quantunque si optasse per il ritorno al procedimento civile e penale *ante* giugno 1796 (questa procedura, seppur non esente da vizi e contraddizioni, era secondo il Petrozzani « la più conosciuta » e non fosse altro per questo la più meritevole di essere reintrodotta) ⁽⁴⁹⁾, alcune modifiche proposte dal Consigliere tendevano a fortemente modificare il processo romano-canonico. Accenno soltanto a due di queste che *de plano* furono recepite nell'editto giurisdizionale del 9 dicembre 1815: l'abolizione del com-

mente, rimettendo alla sovrana la bozza di editto giurisdizionale (artt. 5-10), allegata alla relazione di numero 148 (ASMO, *Ibidem*, Rel. n. 148, 11 dicembre 1814).

⁽⁴⁶⁾ ASMO, *Ibidem*, Rel. n. 148, cit.: « Si è ritenuto — scriveva il Petrozzani — di dover abolire il Tribunal di Commercio che non esisteva nel 1796, potendo supplire i Commissari con più comodo delle parti, per cui i litiganti Carraresi nelle cause di commercio non saranno più costretti di adire il relativo Tribunale in Massa ».

⁽⁴⁷⁾ ASMO, *Ibidem*, Rel. n. 149, 12 dicembre 1814, con l'allegata minuta d'editto.

⁽⁴⁸⁾ ASMO, *Ibidem*, Rel. n. 105, 1° settembre 1814.

⁽⁴⁹⁾ ASMO, *Ibidem*, Rel. n. 64, cit.: « Abolendo la procedura attuale — notava il Petrozzani — sarebbe da sostituirsi una nuova, giacché quella che vigeva nel 1796 era alquanto imperfetta ed incerta. Ma questa non può essere l'opera del momento e per essa dovrà determinarsi la massima se dovrà essere uniforme a quella che si adatterà negli Stati Modenesi, od all'altra che prima era stata adottata negli Stati Austriaci. Non può essere che l'opera propria di un sistema giudiziario definitivamente stabilito ».

promesso obbligatorio ⁽⁵⁰⁾ e quella del *consilium sapientis iudiciale* ⁽⁵¹⁾.

Il compromesso obbligatorio era stato concepito nell'età medievale e moderna a tutela delle famiglie e della riconosciuta autodichia all'interno di ceti ⁽⁵²⁾: risulta evidente che, in questo momento della Restaurazione, quegli stessi ceti o non avevano più interesse a conservarlo o, il che è lo stesso, non riuscivano più ad imporre le proprie esigenze come avevano fatto in passato.

L'abolizione del compromesso obbligatorio deve essere vista, in definitiva, come la risultante espressa del processo di accentramento statalista perseguito nei confronti della giurisdizione: anche a Massa, come nel resto d'Europa, lo Stato ottocentesco rivendicava con forza a sé l'intero potere giurisdizionale, guardando con sfavore alle forme della cosiddetta giustizia privata alternativa — di cui l'arbitrato necessario era la forma con maggiore rilevanza pubblica, essendo frutto di una vera e propria riserva di giurisdizione —, che si sottraevano alla giustizia ordinaria.

Quanto al *consilium sapientis iudiciale*, come si sa ⁽⁵³⁾, esso era un istituto tipico del processo dell'età intermedia, quando il giudice ignorante di diritto aveva bisogno di questa particolare « perizia » da parte del *doctor iuris*, per risolvere in punto di diritto la controversia che gli era stata portata dinanzi.

Basterà allora osservare che la nuova « montatura dei tribunali », prevedendo degli « specialisti » per ricoprire il ruolo di giudicante, rendeva in fin dei conti inutile questo istituto carico di se-

⁽⁵⁰⁾ *Statuta Massae*, cap. 17 lib. 2 (De compromissis inter consortes).

⁽⁵¹⁾ *Statuta Massae*, cap. 49 lib. 2 (De Consilio sapientis habendo in causis).

⁽⁵²⁾ Cfr. L. MARTONE, *Arbiter arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli, Jovene, 1984, pp. 17-19, il quale sottolinea l'accentuazione, per opera della *scientia iuris*, del carattere pubblicistico dell'arbitrato necessario nell'età moderna.

⁽⁵³⁾ Il rinvio, fin troppo scontato, è a G. ROSSI, *Consilium sapientis iudiciale. Studi e ricerche per la storia del processo romano-canonico*, I, (secoli XII-XIII), Milano, Giuffrè, 1958, pp. 34-39. Sulla letteratura consulente, si vedano le sintetiche notazioni di M. BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*⁵, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1991, pp. 225-229 e almeno i recenti studi di vari specialisti contenuti in *Legal Consulting in the Civil Law Tradition*, ed. by M. Ascheri, I. Baumgärtner, J. Kirshner, Berkeley, The Robins Collection, 1999.

coli, anche se nei medesimi frangenti ci fu chi, come il legislatore processuale toscano, in condizioni analoghe, fu pur sempre di diverso avviso⁽⁵⁴⁾.

2.c. *Alcune leggi del 1815.*

La legislazione ducale del dicembre 1815 si segnala per l'accoglimento di gran parte delle proposte di riforma formulate dal Petrozzi.

Non si vuol fare qui un'analisi particolareggiata di tutta questa intensa produzione normativa, per la quale si può, senza dubbio, rinviare agli studi già esistenti⁽⁵⁵⁾: semmai, in questa sede, sembra opportuno tratteggiare alcuni degli aspetti più significativi per gli scopi e gli argomenti inizialmente prefissi, quali risultano dall'analisi di alcune di queste norme.

Ma andiamo per ordine.

⁽⁵⁴⁾ Il *Regolamento di procedura civile per i Tribunali del Granducato di Toscana* del 1814 (parte I, tit. 2), prevedeva ancora che le cause introdotte dinanzi a Vicari e Podestà, potessero essere decise sulla base del consiglio del savio, purché ci fosse il *concordato delle parti*, la causa fosse superiore alle lire mille o di valore indeterminato, e la richiesta di ambo le parti pervenisse entro quindici giorni dalla *litis contestatio*; da notare però, che il consiglio era reso dal Regio Magistrato Supremo di Firenze, dall'Auditor di governo o dal Commissario Regio, cioè da altri magistrati. Sul punto cfr. A. CALUSSI, *Dalla Riforma dei tribunali all'approvazione del Regolamento di procedura civile, ovvero il ritorno alla tradizione processuale leopoldina nella Toscana del 1814*, premesso all'edizione anastatica del *Regolamento* suddetto, Milano, Giuffrè, 2004, pp. XLIV-XLV. Opportunamente, MARIO ASCHERI, *L'unificazione giuridica della Toscana lorenese (1814): «La giustizia religiosamente amministrata»*, *Introduzione alla Ristampa anastatica citata*, pp. XIV-XV, ha notato come la conservazione di questo istituto non possa essere facilmente classificata tra gli elementi antiquati rispetto ai codici processuali di stampo francese, né tra i «passi avanti».

⁽⁵⁵⁾ Oltre agli autori cui mi riferirò nel prosieguo, si sono occupati della legislazione *de qua*, A. ZECCHINI ALTIERI, *I principali provvedimenti legislativi nel periodo della Restaurazione negli Stati di Massa e Carrara (1815-1859)*, in «L'Archivio di Stato di Massa ed il suo patrimonio documentario ad un secolo dalla sua fondazione. I principali aspetti istituzionali di Massa, Carrara e Lunigiana dal XV al XX secolo». Mostra documentaria 21 novembre-20 dicembre 1987, Sarzana, Industria Grafica Zappa, 1987, pp. 147-164 e C. PICCIOLI, *L'ordinamento giuridico degli Stati di Massa e Carrara dopo la Restaurazione (1815-1829)*, in «Massa e Carrara nella Restaurazione», pp. 305-316 (ora anche in *Gli ordinamenti della città di Carrara*, pp. 15-26).

La prima di queste leggi è l'editto del 7 dicembre 1815 ⁽⁵⁶⁾, con il quale si provvede alla « organizzazione del nuovo governo e all'abolizione della legislazione dei cessati Governi »: con esso, la duchessa, « rimessa dalla Divina Provvidenza al possesso » degli Stati di Massa e Carrara « mediante le Benedizioni accordate alle vittoriose Armi Austriache, ed Alleate che li hanno riconquistati », affidava il governo di essi ad un Governatore ducale, ad un Ministro camerale titolare della Camera ducale ⁽⁵⁷⁾ e ad una magistratura giudiziaria (struttura e compiti della quale sarebbero stati precisati successivamente) e provvedeva a dar corso a quelle riforme provvisorie in campo penale e civile di cui abbiám sopra discusso, disponendo però in ordine ai fedecommessi in modo diverso da quanto auspicato dal Petrozzani ⁽⁵⁸⁾.

L'abolizione a far data dal 1° gennaio successivo di tutta la legislazione dei passati governi faceva invece salve quelle norme che il Petrozzani aveva a suo tempo suggerito di conservare in vigore ⁽⁵⁹⁾.

Dell'amministrazione della giustizia si interessava la seconda di queste leggi, quella del 9 dicembre (editto giurisdizionale) ⁽⁶⁰⁾, con la quale Maria Beatrice istituiva il Supremo Tribunale di giustizia, residente in Massa, come giudice di revisione, un Tribunale d'appello, anch'esso con sede in Massa, e due Giudici di prima istanza,

⁽⁵⁶⁾ ARCHIVIO DI STATO DI MASSA (d'ora in avanti: ASMS), *Leggi di Massa*, I, Editto 7 dicembre 1815.

⁽⁵⁷⁾ Quest'ultimo organo era titolare della Camera ducale, che andava a sostituire il Monte Camerale, come osserva il BEDONI, *Il Ducato di Massa e Carrara*, p. 272-273, il quale ha evidenziato anche una sua funzione di controllo tecnico sull'attività finanziaria dei comuni.

⁽⁵⁸⁾ Lo hanno notato sia il MARCELLI, *Aspetti della Restaurazione*, p. 29, che il BEDONI, *Il Ducato di Massa e Carrara*, p. 290.

⁽⁵⁹⁾ ASMS, *Leggi di Massa*, I, Editto 7 dicembre 1815 art. VII. « Dal primo Gennaio 1816 aboliamo la legislazione pubblicata in questi Stati dai cessati Governi Italico, e Lucchese sotto qualunque denominazione di Codici, Leggi, Decreti o Regolamenti »; art. VIII. « In luogo dell'abolita Legislazione vogliamo, che sia ripristinata quella, che era vigente sotto il Nostro Governo fino al mese di Giugno 1796, colle variazioni, e modificazioni contenute nel presente Editto, e negli altri, che vanno a pubblicarsi ».

⁽⁶⁰⁾ ASMS, *Leggi di Massa*, I, Editto 9 dicembre 1815.

uno per ciascuna città del Ducato (artt. 1-5); nel contempo si sopprimeva il Tribunale di commercio (art. 6), veniva riconosciuto il terzo grado di giurisdizione anche per il penale (argomentando ex artt. 11, 16, 18) ed affermata la competenza dei tribunali ordinari per le cause camerali (artt. 9, 11), veniva abolita — come si diceva poc' anzi — la norma statutaria che imponeva il compromesso coattivo e quella che consentiva il ricorso al consiglio del savio (artt. 7-8), si sospendeva il *privilegium fori* (artt. 20-21) e si istituiva l'Ufficio fiscale, foggiano sul modello francese del pubblico ministero (art. 22).

Riguardo a questa legge, è da osservare che l'organizzazione giudiziaria, prospettata dal Petrozzani nei termini di cui alle pagine precedenti, in larga parte viene tralasciata, preferendole quella estense: questo accade, fra l'altro, circa la prescelta collegialità del giudice d'appello, per l'abolizione del fòro privilegiato della Camera ducale, per la terza istanza nel penale e così pure per la definizione del ruolo dell'Ufficio fiscale ⁽⁶¹⁾; d'altra parte, era stato lo stesso Petrozzani a mutare i propri intendimenti nella relazione accompagnatoria della bozza dell'editto giurisdizionale ⁽⁶²⁾.

Da notare poi l'istituzione di un Supremo Tribunale, del quale nel periodo vero e proprio di *ancien régime* non si era sentito alcun bisogno.

Quanto poi all'eterno problema finanziario dell'amministrazione della giustizia, va segnalato il ripristino da parte della duchessa del sistema sportulare vigente prima dell'invasione francese,

⁽⁶¹⁾ Il BEDONI, *Il Ducato di Massa e Carrara*, pp. 278-279, ha visto nel ruolo dell'Ufficio fiscale la « funzione di tutore dello Stato di Polizia », per il suo sovrintendere all'ordine pubblico, all'esercizio dell'azione penale, alla tutela dei deboli, e per la sua attività di consultore di governo. In generale, sulle funzioni « politiche » del pubblico ministero di conio francese, cfr. M.G. DI RENZO VILLATA, *Un pubblico ministero 'figlio della politica'? Azione penale e pubblico ministero tra dipendenza e libertà nell'Italia postunitaria*, in *Staatsanwaltschaft. Europäische und amerikanische Geschichten*, Hrsg. von B. Durand, L. Mayali, A. Padoa Schioppa und D. Simon, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2005, pp. 203-207.

⁽⁶²⁾ ASMO, *Eredità Cybo-Gonzaga*, Rel. n. 148, 11 dicembre 1814.

con gli aggiornamenti resi necessari dalla svalutazione; ripristino attuato con l'editto dell'11 dicembre ⁽⁶³⁾.

Al 16 dicembre infine risale il regolamento di procedura che apportava parecchie modificazioni a quella ripristinata vigente al giugno 1796, in conseguenza del mutato ordinamento giudiziario ⁽⁶⁴⁾.

Proprio riguardo al Supremo Tribunale testé menzionato, è interessante notare che tale regolamento gli trasferiva tutte le « cause tanto civili, che criminali pendenti in grado di Cassazione [...] e in caso di cassazione — prescriveva il regolamento — vogliamo, che il Tribunale stesso sia anche il competente a decidere inappellabilmente sul merito delle cause cassate » (art. 51).

Inoltre non va trascurato che mentre per le cause civili pendenti si disponeva il mantenimento della procedura vigente al momento della loro introduzione, per quelle penali pendenti si ordinava (art. 49) di utilizzare la ripristinata procedura, osservata però una disposizione *ex novo* introdotta in merito alla pubblicità della sentenza definitiva e al diritto di difesa; vale a dire, che essa doveva essere « letta ed intimata per mezzo del Cancelliere al Reo, presente o almeno citato il Difensore », e poi doveva esserne consegnata a lui copia autentica (art. 32).

3. *Il Supremo Tribunale di Giustizia tra Grande Tribunale e Corte di Cassazione.*

3.a. *Qualche cenno sulla « idea di cassazione ».*

Oltre quarant'anni fa, Salvatore Satta imputava all'*utopia della Legge* — con la elle maiuscola —, l'idea di codificazione e parallelamente quella di cassazione ⁽⁶⁵⁾: ché in effetti, per quanto le origini dell'istituto della cassazione possano ravvisarsi, pur con le evidenti

⁽⁶³⁾ ASMS, *Leggi di Massa*, I, Editto 11 dicembre 1815.

⁽⁶⁴⁾ ASMS, *Ibidem*, I, Editto 16 dicembre 1815.

⁽⁶⁵⁾ S. SATTA, *v. Cassazione (dir. proc. civile)*, in « Enciclopedia del Diritto », X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 798.

differenze ⁽⁶⁶⁾, nel *Conseil des parties* della Francia di antico regime, è indiscutibile che di cassazione in senso proprio possa parlarsi soltanto dopo la rivoluzione francese e il conseguente affermarsi del ruolo della legge, come fonte primaria e centrale dell'ordinamento ⁽⁶⁷⁾.

La Corte di Cassazione è stata vista fin dall'inizio come organo deputato al mantenimento della « esatta osservanza delle leggi, e per richiamare alla loro esecuzione le Corti, i Tribunali e i giudici che se ne fossero allontanati » (art. 86 Reg. organico della giustizia civile e punitiva 13 giugno 1806 di Napoleone), giudicando « non nell'interesse dei litiganti, ma di quello della legge » e per questo senza entrare nel merito della controversia (art. 87 Reg. cit.).

Alla Cassazione in primo luogo si riconosceva — e si riconosce ancor oggi negli ordinamenti che mutuano dal modello francese — il ruolo di giudice di legittimità con una « funzione nomofilattica », e l'altro di giudice capace di orientare la giurisprudenza alla ricerca di quella che l'art. 65 della legge italiana sull'Ordinamento giudiziario del 1942 chiamerà « l'unità del diritto oggettivo nazionale »; funzione questa che era stata meglio precisata, sempre in Francia, con la riforma del 1° aprile 1837 ma già presente *in nuce* agli albori dell'istituto ⁽⁶⁸⁾.

Non si trattava dunque di un giudice di terza istanza come erano stati i Grandi Tribunali del maturo diritto comune e come può essere ancor oggi il *Revisionsgericht* dell'esperienza tedesca e

⁽⁶⁶⁾ Cfr. J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1987, pp. 31-33.

⁽⁶⁷⁾ Resta fondamentale P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, I, *Storia e legislazioni*, in Id., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, VI, Napoli, Morano, 1976, pp. 377-415; ma si veda anche la sintetica e puntuale ricostruzione storica di SATTÀ, *v. Cassazione*, pp. 797-801 e il recente M. MECCARELLI, *Le Corti di cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 127-135.

⁽⁶⁸⁾ Sull'importanza di questa legge che sancisce in modo definitivo la natura giurisprudenziale della Cassazione, abolisce il *référé législatif* obbligatorio e, nel contrasto tra l'opinione del giudice di merito e quella della Cassazione, dà la prevalenza a quest'ultima, obbligando il giudice di rinvio a conformarvisi, cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, pp. 480-496; MECCARELLI, *Le Corti di cassazione*, pp. 130-131.

austriaca ⁽⁶⁹⁾, ma di un giudice delle leggi al quale avrebbe dovuto essere precluso ogni esame del merito della controversia, limitandosi esso, con un giudizio solamente « rescindente », a una valutazione asettica della corretta applicazione della legge ⁽⁷⁰⁾.

Si è usato volutamente il condizionale perché se queste erano le aspirazioni ideali del legislatore nell'istituire il giudizio di cassazione, una lettura disincantata della realtà portava a riconoscere alla Suprema Corte alcune caratteristiche diverse da quelle appena delineate, tanto che in Italia un civilista di vaglia come Enrico Finzi, nel vigore del vecchio codice di procedura (anni Venti del secolo appena concluso), potrà parlare di cassazione come *terza istanza* — quindi giudice di merito, seppure limitatamente alle ipotesi in cui non vi fosse necessità di ulteriori indagini — e di un atteggiamento delle cinque Cassazioni regionali allora esistenti « in pieno contrasto » col principio del doppio grado di giurisdizione, « proclamato ma non attuato nel nostro ordinamento giuridico » ⁽⁷¹⁾.

3.b. *Una causa trattata dinanzi al Supremo Tribunale di Giustizia.*

Nell'Archivio di Stato di Massa sono conservate le carte di un

⁽⁶⁹⁾ Occorre avvertire che formalmente il *Revisionengericht* è un tribunale di legittimità, che si pronuncia sugli *errores in iudicando* e su quelli *in procedendo*, ma proprio riguardo ai primi esso può estendere la sua cognizione al di là dei motivi adottati dal ricorrente ed annullare la sentenza se l'errore è, come si suol dire, « causale », cioè ha generato la nullità del dispositivo; in questo modo, si va dunque ben al di là dei profili di mera legittimità. Cfr. su questo: E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 5-6.

⁽⁷⁰⁾ Come poi questo fosse possibile senza una puntuale ricostruzione della *quæstio facti* non è dato sapere: e d'altra parte, lo si noti *incidenter tantum*, l'evoluzione dell'istituto è andata nel senso di riconoscere sempre più spazio all'indagine della Corte sul fatto, fino addirittura alla riforma presso di noi dell'art. 384 cpc con la legge n. 353/1990, che ha unito al profilo « rescindente » quello « rescissorio ». Un'evoluzione già presagita dal FAZZALARI, *Il giudizio civile*, p. 207.

⁽⁷¹⁾ E. FINZI, *Recensione a P. CALAMANDREI, La Cassazione Civile, I, Storia e legislazione; II, Disegno generale dell'Istituto*, Torino 1920, in « Archivio Giuridico "Filippo Serafini" », LXXXVII (1922), p. 128. Sugli orientamenti della dottrina tra Otto e Novecento, cfr. MECCARELLI, *Le Corti di cassazione*, pp. 159-170.

interessante processo svoltosi nel 1816 dinanzi al Supremo Tribunale di Giustizia: si tratta della causa promossa dal conte Paolo Agostini e dal marchese Bernardino Pisani contro Iacopo Micheli, tutti di Carrara ⁽⁷²⁾; essa è interessante ai nostri fini proprio perché contiene perspicue considerazioni dei giudici e del pubblico ministero riguardo all'istituto della cassazione.

L'Agostini e il Pisani si erano rivolti al Supremo Tribunale di Giustizia dolendosi di due provvedimenti giudiziari che li avevano visti soccombenti, nei confronti del Micheli: una prima sentenza era stata emessa dal Tribunale di Commercio di Massa nell'agosto del 1815; con essa erano stati condannati al pagamento di 938 lire massesi oltre interessi del 6% in favore del Micheli per il mancato adempimento di una cambiale di quell'importo, tratta dal Pisani ed accettata dall'Agostini, poi protestata. In quel giudizio il giudice non aveva ritenuto di accettare l'eccezione di compensazione invocata dall'Agostini, fondata su un'asserita imputazione del proprio debito in conto prezzo per un immobile che egli aveva venduto al Micheli. Contro questa sentenza il solo Agostini aveva interposto appello, pur senza versare il prescritto deposito per soccombenza e non tenendo di conto che le sentenze del Tribunale di Commercio sotto le 1000 lire erano inappellabili, ma tale giudizio era rimasto in perfetta quiescenza. Insistendo il Micheli per l'esecuzione del suo titolo, l'Agostini aveva introdotto un nuovo giudizio di merito dinanzi al giudice di prima istanza di Carrara riguardante il contratto di compravendita per il mancato pagamento del prezzo, al fine di acclarare l'esistenza di una convenzione col Micheli per imputare il capitale portato dalla cambiale al prezzo dell'appartamento compravenduto.

Opposte dal Micheli le eccezioni del caso, egli era tornato ad insistere per l'esecuzione del proprio titolo, ottenendo dal giudice di prima istanza di Carrara il relativo decreto.

Avverso questo secondo provvedimento, il 6 giugno 1816, veniva promosso dall'Agostini e dal Pisani il ricorso al Supremo Tri-

(72) ASMS, *Supremo Tribunale di Giustizia*, busta 428, fasc. 1 (gli atti all'interno sono senza numerazione).

bunale, lamentandosi da parte loro l'incompetenza del giudice di prima istanza nel pronunciare il predetto decreto.

Si trattava dunque di stabilire in primo luogo qual era la natura del giudizio: se cioè il Supremo Tribunale fosse chiamato ad operare come giudice di revisione o come corte di cassazione; e in quest'ultimo caso se avesse dovuto operare come corte regolatrice o come giudice — si direbbe oggi — « a critica vincolata » sulle questioni di applicazione di legge sostanziale.

L'avvocato fiscale supplente Colombini, facente funzioni di pubblico ministero nella causa in questione, non aveva alcun dubbio che l'istanza fosse da rigettare in ogni caso, sia che il tribunale operasse come cassazione, sia che fungesse da tribunale di revisione: nel primo caso arrivava a questa conclusione per la palese mancanza del deposito per soccombenza prescritto a carico del ricorrente dalle leggi francesi e lucchesi; nel secondo per il fatto che la revisione « non ha mai luogo da una sentenza, o decreto di prima istanza dovendosi la Parte in caso di gravame, tanto per capo di nullità, che d'ingiustizia provvedere regolarmente in appello, ammettendosi solo il ricorso in terzo grado di giurisdizione avanti il Supremo Tribunale, qualora le sentenze di prima o seconda istanza fossero tra loro difformi a forma dell'art. 16 dell'editto giurisdizionale de' 9 dicembre 1815 » (73).

Più problematiche e articolate le relazioni dei componenti il Collegio.

Un « promemoria » riconducibile forse al Presidente Petrozani, anche se non scritto di suo pugno, notava come la cassazione fosse « un modo straordinario di impugnare i giudicati che sono di lor natura inappellabili, ossia definitivamente decisi ». Cosicché il legislatore aveva contornato questo istituto di una serie di cautele, volte a scoraggiare gli abusi: in primo luogo non veniva riconosciuto alla corte il potere di sospendere l'esecuzione della sentenza impugnata; poi non si doveva trattare del « merito della causa e dell'interesse delle parti, ma di sole nullità, ossia contravvenzione espressa alla legge »; infine era previsto il deposito per soccombenza.

(73) ASMS, *Ibidem*, Incipit: *Dovendo emettere il mio sentimento*.

« Ma — proseguiva il promemoria — vi è un [*sic!*] altra giurisdizione, però di cui la legge ha voluto incaricare il Supremo tribunale e che nulla ha di comune con la di lui giurisdizione propria ed ordinaria. Quella riguarda i conflitti di Giurisdizione, i conflitti negativi, i regolamenti dei Giudici, le regole di competenza, le massime di diritto, e l'interpretazione delle Leggi. Per tutti questi oggetti, la Corte di Cassazione chiamasi Corte Regolatrice, e giudica non delle nullità ma del merito, di tutti gli affari pendenti in qualunque siasi Tribunale, di qualunque natura essi siano, ed in qualunque grado di giurisdizione si trovino » (74).

In questi casi, poiché l'azione è rimessa generalmente al pubblico ministero nell'interesse della legge, quando sono le parti a promuoverla non c'è bisogno di deposito perché tale azione è vista più come un dovere che come un diritto.

Nella causa in esame era palese che si trattasse di una questione di quest'ultimo genere, della quale il Supremo tribunale era chiamato ad interessarsi come Corte regolatrice.

Un altro componente del Collegio, il Consigliere Consultore di governo Girolamo Carloni, si mostrava assai incline alle ragioni dei ricorrenti, sia in una sorta di memoria di controdeduzioni alle osservazioni dell'avvocato fiscale, sia, più esplicitamente, nel rapporto conclusivo sulla causa.

Nel primo atto, dopo aver protestato il dovuto ossequio alle argomentazioni provenienti dall'avvocato fiscale (75), si dissociava dalle sue conclusioni e notava anch'egli come si trattasse di un reclamo portato in via non di cassazione, ma di corte regolatrice: « Osservo, che l'oggetto dell'accennato riclamo non fù già di riparare ad ingiustizia, o violazione di Legge sul merito dell'affare controverso, ma piuttosto di porre in regola, e di conoscere una questione di competenza di giurisdizione, giacché in virtù d'appello interposto dai Riclamanti al Tribunale d'Appello era rimasta sospesa ogni giurisdizione del Giudice di Prima Istanza, né poteva [questi]

(74) ASMS, *Ibidem*, Promemoria nella causa Agostini contro Micheli.

(75) Il documento a cui mi riferisco comincia proprio con una sorta di *excusatio*: « Concorrerei di buon animo nel sentimento del Sig.re Avv.to Fiscale, — scrive il Carloni — se due particolari circostanze del caso non decidessero nell'animo mio qualche dubbio » (ASMS, *Ibidem*).

ordinare l'esecuzione della sentenza senza ledere la giurisdizione del Tribunale d'Appello, al quale erasi devoluta la causa ».

Ciò comportava in primo luogo di non doversi richiedere il deposito per l'ammissione del ricorso. E a questa conclusione si doveva giungere anche in considerazione dell'atteggiamento tenuto sia dal Supremo Tribunale che dalla parte resistente al momento della presentazione del ricorso: la mancanza del deposito infatti non era stata rilevata dal Tribunale che aveva accettato il ricorso nel mentre aveva « intimato » alla controparte il ricorso assegnandole il termine a difesa, né dal Micheli il quale non l'aveva eccepita, ma si era semplicemente opposto al ricorso senza far riferimento a questo fatto.

Nel secondo atto ⁽⁷⁶⁾, poi, il Carloni riprendeva gli stessi motivi e li articolava più diffusamente, sembrandogli « di non leggier momento il fondamento del riclamo dei signori Agostini, e Pisani ».

Quanto al decreto di esecutorietà impugnato, il Carloni sosteneva che esso era stato pronunciato da un giudice che non era stato messo a conoscenza della pendenza d'un giudizio d'appello e sul presupposto che tale appello non fosse stato mai interposto da parte dei soccombenti; a suo avviso, era lecito supporre che se il giudice di prima istanza di Carrara fosse stato a conoscenza dell'appello non avrebbe emesso il decreto di esecutorietà, cosicché può ragionevolmente sostenersi « una mancanza di volontà del Giudice medesimo ».

D'altra parte non potevano, secondo lui, invocarsi le leggi proibitive dell'appello per le cause di valore inferiore a mille lire massesi sia per ragioni di precedenti, in quanto a Massa si riscontrava una prassi contraria che ammetteva tutti gli appelli, « talche convien credere, che l'obbiettata Legge fosse in questa parte modificata »; sia per fatto del Micheli, che aveva negli scritti difensivi ammesso che l'Agostini non aveva esercitato la facoltà di appellare, con ciò implicitamente riconoscendo la sussistenza di tale facoltà; sia infine per il fatto che vi era una considerevole differenza tra ap-

⁽⁷⁶⁾ ASMS, *Ibidem*, *Rapporto sulla causa di Riclamo portato al Supremo Tribunale di Giustizia dai si.ri Conte Paolo Agostini, e Marchese Bernardo Pisani contro il sig. Iacopo Micheli*.

pello non presentato — nel qual caso il giudice non poteva che concedere l'esecuzione d'una sentenza passata in giudicato — e appello non ammissibile, perché in questo secondo caso il giudice « avrebbe dovuto prendere cognizione dell'ammissibilità, o inammissibilità dell'Appello, e trovatolo inammissibile rigettarlo espressamente, e sarebbe stato anche luogo a reclamare dalla reiezione ».

Quanto poi al deposito, il Carloni ribadiva in forza delle disposizioni normative del codice di commercio (art. 34) e del codice di procedura civile (art. 471), che esso non era necessario nel caso di specie.

L'altro componente del Collegio, il conte Pietro Ceccopieri, nel suo rapporto sullo stato della causa ⁽⁷⁷⁾, si diffondeva invece nell'esaminare le questioni di fatto, senza entrare nello specifico delle questioni sulla natura del giudizio e del tribunale, restringendo l'oggetto della discussione nel Collegio stesso su due punti: se cioè il decreto fosse stato preso o no da giudice incompetente, e se fosse tale decreto da revocarsi o da confermarsi.

Con sentenza del 3 gennaio 1817 ⁽⁷⁸⁾, il Supremo Tribunale di Giustizia, « definitivamente pronunciando », dichiarava non ammissibile il ricorso presentato da Pisani e Agostini e li condannava al pagamento delle spese processuali.

3.c. *Ancora sul Tribunale di Giustizia come Corte di Cassazione.*

Riguardo alla qualificazione del giudizio di cassazione merita a questo punto introdurre il pensiero di un giurista di buona levatura — Odoardo Micheli Pellegrini — che ci accompagnerà nelle riflessioni dei prossimi paragrafi; pensiero esposto in un voto da lui reso il 12 agosto 1817 in qualità di facente funzioni di pubblico ministero, in una causa trattata dinanzi al Supremo Tribunale di Giustizia, che ebbe grande risonanza ⁽⁷⁹⁾, tanto che le allegazioni dei di-

⁽⁷⁷⁾ ASMS, *Ibidem*, *Rapporto sullo Stato della Causa del Sig. Iacopo Micheli contro li Signori Conte Paolo Agostini, e Marchese Bernardino Pisani*.

⁽⁷⁸⁾ ASMS, *Ibidem*, b. 428, fasc. 1.

⁽⁷⁹⁾ ASMS, *Supremo Tribunale di Giustizia*, busta 429, fasc. 5, *Causa Conti Giu-*

fensori delle parti e dello stesso pubblico ministero furono poi pubblicate a stampa ⁽⁸⁰⁾.

Prescindendo dalle minute vicende processuali, basti qui notare che i ricorrenti avevano presentato innanzi al Tribunale Supremo, facente funzioni di Corte di Cassazione, un'istanza per l'inibitoria dell'esecuzione di una sentenza inappellabile.

Il Micheli Pellegrini enunciava subito due principî di quella che egli chiamava « patria giurisprudenza transitoria »: il primo era che le leggi per il funzionamento del Tribunale Supremo di Giustizia come Corte di Cassazione erano quelle, abrogate, francesi e lucchesi; il secondo, che la procedura a cui doveva aversi riguardo era quella vigente al momento dell'introduzione della causa, sebbene il giudizio di cassazione fosse stato introdotto nel vigore delle leggi ripristinate. Entrambi i principî erano ben fondati, a suo avviso, negli artt. 48 e 51 dell'editto del 16 dicembre 1815 ⁽⁸¹⁾, contenente

seppe e Gaudenzio Luciani e Anna Cavalletti contro Lazzaro Compagni, Incipit: Eccellenza, e Illustrissimi Signori. Il resistente era infatti un noto personaggio dell'industria marmifera locale, membro dell'Accademia dei Rinovati e amministratore dell'ospedale di Massa; il quale avrà anche un ruolo di primo piano dopo l'Unità, divenendo Prefetto di Lucca e Siena. Ricavo queste notizie da S. GIAMPAOLI, Società e cultura, p. 51, da U. MARCELLI, Aspetti della Restaurazione, p. 34 e dall'Omaggio poetico dedicato dalla Reale Accademia dei Rinovati di Massa a Sua Altezza Reale Maria Beatrice Principessa d'Este, Arciduchessa d'Austria, Duchessa di Massa e Carrara nella faustissima circostanza della di lei venuta in detta città nel dì 6 luglio 1816, Massa, presso il Frediani Stampator Ducale, 1816, dove il Compagni compare con un sonetto alla p. 47.

⁽⁸⁰⁾ [O. MICHELI PELLEGRINI], *Voto del Pubblico Ministero nella causa pendente in Cassazione avanti il Supremo Tribunale di Giustizia degli Stati di Massa e Carrara fra i signori Giuseppe, Anna, e Gaudenzio Luciani di Carrara Ricorrenti ed il signor Lazzaro Compagni di Massa Appellato*, Livorno, presso Glauco Masi, 1818. Avverto subito che è mia intenzione occuparmi in futuro più da vicino di questa lite giudiziaria; al momento, posso soltanto notare che essendo il voto a stampa del pubblico ministero diverso da quello in atti, è probabile che le questioni sottoposte al Collegio siano state più di una e così anche l'intervento del requirente sia avvenuto in più occasioni. È lo stesso MICHELI PELLEGRINI, *Voto*, pp. 1-2, a dare le informazioni sulla rinomanza della causa di cui nel testo.

⁽⁸¹⁾ Ecco il testo dei due articoli, con l'avvertenza che del secondo si era già avuto modo *supra*, p. 51, di sottolineare la portata innovativa: Art. 48 « Le cause civili pendenti in grado d'appello saranno ultimate colla procedura, colla quale sono state introdotte, e verranno decise dal nuovo Tribunale d'appello, osservando nel resto il me-

— come si ricorderà — il regolamento delle procedure civile e criminale.

I ricorrenti, invece, secondo il nostro autore con *abuso di raziocinio*, avevano sostenuto che il Tribunale Supremo, pur avendo le funzioni di cassazione, sarebbe stato pur sempre un giudice di terza istanza, in quanto chiamato a giudicare nel merito una volta annullata la sentenza d'appello a mente dell'art. 51 predetto, e da ciò avevano fatto seguire la conseguenza che il ricorso innanzi a quella magistratura comportava la sospensione dell'esecuzione ⁽⁸²⁾.

In realtà le due attribuzioni del Tribunale Supremo erano da non confondersi — notava il Micheli Pellegrini — perché « allorché annulla la sentenza, decide, come Tribunale di Cassazione, cioè come Tribunale straordinario, ed allorché decide sul merito, è come Tribunale di appello, che riforma la sentenza del primo Tribunale di appello, la quale fu annullata per cassazione » ⁽⁸³⁾.

Inoltre, i ricorrenti sostenevano che il mancato riconoscimento del potere della Cassazione di sospendere l'esecuzione della sentenza d'appello aveva un suo fondamento nel vecchio sistema, dove erano previsti lunghi tempi processuali allorché, cassata la sentenza di secondo grado, si doveva far luogo al giudizio di rinvio; ma nella procedura ripristinata tale mancato riconoscimento non aveva più ragion d'essere, perché essendo più spedito il giudizio dinanzi al Supremo Tribunale di Giustizia ex art. 51 dell'editto 16 dicembre, si sarebbe potuto benissimo attendere la pronuncia di questo tribunale, prima di accordare l'esecuzione alla sentenza d'appello, o comunque inibirne *medio tempore* l'esecuzione.

Ma anche a questo proposito il Micheli Pellegrini osservava

todo prescritto agli art. 27.28 »; Art. 51 « Le cause tanto civili, che criminali pendenti in grado di Cassazione saranno di competenza del Supremo Tribunale; e in caso di pronunciata cassazione vogliamo, che il Tribunale stesso sia anche competente a decidere inappellabilmente sul merito delle cause cassate, osservando nell'uno, e nell'altro caso la procedura di cui all'art. 48 ».

⁽⁸²⁾ Non manca l'ironia nelle argomentazioni del pubblico ministero: le considerazioni dei ricorrenti sul punto sono considerate « un argomento simile a quello di quel Capitano, il quale onde provar, che suo figlio comandava alla Grecia soleva dire che il fanciullo imperava alla madre, a cui obbediva egli stesso, ai di cui cerri pendeva la Grecia » (ASMS, *Ibidem*, [3]).

⁽⁸³⁾ ASMS, *Ibidem*, [4].

come la *causa legis* dell'esecutorietà delle sentenze di secondo grado non era quella indicata dai ricorrenti, ma piuttosto risiedeva « nella qualità del ricorso e del Tribunale a cui si ricorre ». Nell'ordinamento vigente non c'era, secondo lui, alcun giudice che potesse impedire l'esecuzione di una sentenza inappellabile: non il giudice di primo grado perché si sarebbe reso giudice di un superiore; non il giudice d'appello perché sarebbe tornato sulla propria sentenza esecutiva; non la Corte di Cassazione perché il giudizio sull'esecutorietà non era nelle sue competenze: insomma, per usare le sue stesse parole, « la sentenza dovrebbe eseguirsi perché non esiste chi abbia facoltà di accordare l'inibitoria stessa »⁽⁸⁴⁾.

Il Micheli Pellegrini dichiarava perciò, senza mezzi termini, che una domanda di tal genere era « irregolare in diritto, informe in procedura, ed assurda per l'applicazione delle leggi invocate a sostegno di quella »; e proprio per giustificare la prima e l'ultima censura mosse all'istanza di inibitoria dell'esecuzione, egli si soffermava sulle attribuzioni e sulla natura del Tribunale di Cassazione, alla quale, seppur incidentalmente, aveva modo di riconoscere un'« autorità di censura, che le leggi gli accordano sopra i Tribunali a lei sottomessi »⁽⁸⁵⁾.

La richiesta era « irregolare in diritto », perché « la Corte di cassazione è il Tribunale della Legge; tuttocìò, che interessa specialmente le parti nella controversia, è estraneo alle sue attribuzioni: ed intanto dalla decisione di quel Tribunale supremo dipendono per qualche modo gl'interessi dei litiganti, in quanto che la giusta applicazione, ed interpretazione delle leggi assicura i loro diritti »⁽⁸⁶⁾.

Il profilo di tutela della situazione giuridica soggettiva controversa doveva dunque, secondo il Micheli Pellegrini, ricollegarsi alla salvaguardia della legge da interpretazioni erranee, ponendosi in una posizione subordinata rispetto a questa finalità prioritaria dell'ordinamento. E dall'esclusione di ogni rilevanza in ordine al me-

⁽⁸⁴⁾ ASMS, *Ibidem*, [7].

⁽⁸⁵⁾ ASMS, *Ibidem*, [15]. Mi sembra questa asserzione — si ricordi il lettore che siamo nel 1817 — un esplicito riconoscimento della funzione orientatrice svolta dalla Cassazione, già prima della legge francese 1° aprile 1837, cui si accennava all'inizio di questo paragrafo.

⁽⁸⁶⁾ ASMS, *Ibidem*, [8].

rito della controversia seguiva che « l'esecuzione delle sentenze non può essere di competenza della Corte di Cassazione, a meno che non cada questione di diritto nell'esecuzione stessa, la qual questione però prima di essere portata alla decisione della suprema Corte deve aver subiti tutti i gradi ordinari di Giurisdizione »⁽⁸⁷⁾.

Anche con riguardo alla terza censura — assurdità per erronea applicazione di legge — il Micheli Pellegrini ritornava sulle attribuzioni della Corte di Cassazione, per confutare alcune asserzioni dei ricorrenti: essi infatti avevano dedotto che, sempre a séguito della riunione delle diverse funzioni di legittimità e di merito nel medesimo Supremo Tribunale ai sensi dell'art. 51 dell'editto di procedura, si sarebbe verificata una situazione analoga alle sentenze delle Rote di antico regime, per le quali l'esecuzione era sospesa in caso di interposizione di ricorso avverso le stesse innanzi ai Tribunali superiori.

A questo proposito egli si domandava se non fosse il caso di distinguere tra i ricorsi in via ordinaria, che si ammettevano contro le sentenze rotali come accesso ad un giudizio di terza istanza — e in tal caso *nulla quaestio* sulla sospensione dell'esecuzione —, e i ricorsi che invece venivano ammessi in via straordinaria, nel qual caso erano le leggi che espressamente prevedevano l'esecuzione; ed osservava che però « presso i Francesi la cosa era diversa. Il ricorso in Cassazione non era un ricorso di terza istanza, ma un ricorso straordinario, e le leggi espressamente stabilivano, che il ricorso in cassazione non poteva sospendere l'esecuzione »⁽⁸⁸⁾.

Fallace era, secondo lui, equiparare la Corte di Cassazione ad un tribunale di terza istanza sulla mera considerazione che alla prima nell'ordinamento massese era stata attribuita anche la facoltà di decidere nel merito, dopo l'annullamento della sentenza oggetto di ricorso: la natura di tal « Tribunale della Legge » — dove « l'interesse delle parti non può tenersi a calcolo » — non era infatti cambiata. E per dimostrare ciò, egli ricorreva ad un esempio tratto dalla giurisprudenza francese: un sentenza d'appello aveva ordinato la cancellazione d'un'iscrizione ipotecaria, la Corte di Cassazione

⁽⁸⁷⁾ ASMS, *Ibidem*, [8-9].

⁽⁸⁸⁾ ASMS, *Ibidem*, [24-25].

aveva successivamente cassato tale sentenza, cosicché il giudice di rinvio aveva ordinato che non doveva farsi luogo a cancellazione. Frattanto, in pendenza di ricorso per cassazione, la prima sentenza impugnata era stata eseguita e altri creditori avevano ottenuto l'iscrizione ipotecaria. Quando dunque era arrivata la sentenza del giudice di rinvio, poggiata sull'autorità della Cassazione, l'iscrizione che avveniva in forza di quella prendeva grado successivo rispetto a quello dei creditori di buona fede nel frattempo iscritti.

Questo, secondo il Micheli Pellegrini, stava a significare che « il Ricorso in Cassazione adunque ha per oggetto principale la conservazione della legge: così le attribuzioni della corte sono cessate al momento, che ha conosciuta la violazione della legge applicata. Ma siccome urta all'equità naturale, che debba eseguirsi una sentenza, contro cui osta la legge così si è accordato alle parti il diritto di trarre dalla decisione della cassazione quei vantaggi, che si possono ancora ottenere senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e tali quali si possono ottenere all'epoca, in cui la sentenza di Cassazione è emanata. E qualunque cosa possa dirsi sulle attribuzioni dell'odierno Tribunale supremo rivestito dei poteri della Corte di Cassazione, e nel tempo stesso di quelli di Tribunale di rinvio, è sempre avanti alla Corte di Cassazione, che si ricorre, la quale ha diritto di far godere ella stessa alle parti gli effetti della sua pronunzia, quegli effetti però che si possono ancora ottenere all'atto della sua pronunzia »⁽⁸⁹⁾.

Non ci sarebbe stato quindi da meravigliarsi, in conclusione, se in uno stesso giorno il Supremo Tribunale di Giustizia avesse deciso come Corte di Cassazione e, immediatamente dopo, come giudice del merito.

4. *Un pratico di rilievo: Odoardo Micheli Pellegrini.*

Per ben comprendere le particolarità istituzionali del Ducato di Massa e Carrara conviene a questo punto prendere in esame, seppure per sommi capi, l'opera di un giurista pratico, attivo proprio negli anni napoleonici e in quelli della Restaurazione: si tratta, come

⁽⁸⁹⁾ ASMS, *Ibidem*, [27-28].

si è poc'anzi anticipato, di Odoardo Micheli Pellegrini (Carrara, 1789-1849) ⁽⁹⁰⁾.

Questo giurista risulta particolarmente significativo ai nostri fini perché, dopo aver iniziato una brillante carriera nella Genova occupata dai Francesi e successivamente nella Lucca dei Baciocchi, proseguì ininterrottamente la sua ascesa a Massa, durante la Restaurazione, divenendo nel 1816 giudice di prima istanza di quella città (svolgendo in questa veste anche — come abbiamo appena visto — funzioni di Avvocato fiscale), nel 1825 Consultore di Governo e membro del Supremo Tribunale di Giustizia, e ancora, dopo l'unione del Ducato di Massa a quello di Modena, giudice unico di revisione per le cause provenienti dai territori apuani ⁽⁹¹⁾. Infine, a Modena, venne nominato nel 1835 componente effettivo del Supremo Tribunale di Giustizia e successivamente governatore della Garfagnana estense.

Il Micheli Pellegrini è quindi, in primo luogo, un personaggio che può assumere un valore esemplificativo di una certa borghesia che, passata indenne dal dominio napoleonico a quello restaurato, svolse un tangibile ruolo di primo piano nell'ambito politico-culturale del Ducato e, per quello che ci riguarda più da vicino, nell'amministrazione della giustizia ⁽⁹²⁾.

⁽⁹⁰⁾ Traggio le notizie biografiche dall'accurata scheda di G. SFORZA, *Odoardo Micheli Pellegrini*, in « Giornale storico della Lunigiana », X, 1919, pp. 63-66; qualche informazione sulla sua attività di giudice in S. GIAMPAOLI, *Società e cultura a Massa Carrara*, pp. 61-63.

⁽⁹¹⁾ Questa singolare figura di giudice di terza istanza venne istituita da Francesco IV con decreto del 1° agosto 1833. Ordinariamente, il giudice competente per la terza istanza era individuato da quel decreto nel Supremo Tribunale di Giustizia di Modena, ma le parti potevano accordarsi per rimettere la causa alla decisione del Giudice delegato (con riduzione di tasse e sportule), il quale avrebbe deciso « a termini di ragione, ed anche in via arbitramentale ». Per i giudizi pendenti innanzi al soppresso Supremo Tribunale di Giustizia, esso disponeva analogamente: le parti cioè potevano di comune accordo ottenere la *translatio iudicii* al Giudice delegato ma, in difetto di accordo, la causa sarebbe stata decisa dal Supremo Tribunale di Modena (ASMS, *Leggi di Massa*, IV, 236, *Notificazione del Consigliere di Stato G. Petrozzani del 15 agosto 1833*). L'ufficio del Giudice delegato cessò col 1° gennaio 1836 (ASMS, *Ibidem*, 244, *Notificazione del Consigliere di Stato S. Torello del 24 dicembre 1835*).

⁽⁹²⁾ Nota il GIAMPAOLI, *Società e cultura*, p. 50, che tutti coloro che avevano tro-

Ma vi è un altro aspetto che merita di essere considerato: l'esame dell'attività del Micheli Pellegrini ci consente di aprire una finestra sull'atteggiamento delle *élites* culturali del Ducato — alle quali egli apparteneva a pieno titolo ⁽⁹³⁾ — nel periodo della Restaurazione, in merito alle problematiche giuridiche che proprio in quegli anni si affacciavano. Va detto subito che il quadro che ne esce non è, ad una prima e sommaria analisi, esaltante: sembra di dover notare, in altri termini, una sorta di chiusura verso le nuove idee, che, in molti casi, parrebbero addirittura ignorate. La cultura giuridica che viene fuori è molto provinciale e purtuttavia interessante da saggiare proprio per questo suo collocarsi ai margini del dibattito europeo.

L'operetta teorica che si prenderà in esame analiticamente nel paragrafo che segue costituisce senza dubbio la dimostrazione di questo « provincialismo culturale », mentre, nel paragrafo imme-

vato impiego nell'amministrazione della giustizia lucchese vennero conservati nelle cariche; tra questi egli menziona anche il Micheli Pellegrini e Antonio Colombini; la scelta degli appartenenti al « partito elisiano » aveva provocato risentimenti in alcuni partigiani di Maria Beatrice (p. 50, nt. 9). D'altra parte, questo passaggio « indolore » dei ceti intellettuali toscani dalla dominazione francese a quella dei sovrani restaurati è fenomeno ormai appurato dalla storiografia e non deve perciò destare eccessiva meraviglia: per Pisa è stato studiato da D. BARSANTI, *Pisa in età napoleonica*, Pisa, ETS, 1999, p. 9, il quale ha verificato che la nervatura dell'amministrazione pubblica era incentrata periodo napoleonico e nella Restaurazione, senza soluzione di continuità, sulla nobiltà stefaniana.

⁽⁹³⁾ Va segnalata, a tal proposito, una seppur minima attività letteraria del nostro autore, con la pubblicazione di alcune poesie occasionali (si veda la bibliografia nella scheda dello Sforza, pp. 65-66); tra queste mi sembrano da doversi riportare alcuni versi, che testimoniano il « cambiamento di rotta » del Micheli Pellegrini dopo la Restaurazione rispetto ai trascorsi filonapoleonici: « Non de' sonanti numeri/Fia meta il pianto dell'Europa offesa,/Le lunghe lotte, o l'ultima/Per i boschi dell'Orsa audace impresa./Superbi invan poggiarono/I nipoti di Brenno in Campidoglio,/Dio guardò bieco; sparvero/Gli ampj trofei, le immense schiere, il soglio/Pace scendea:cederono/Al prisco ufficio i bellici stromenti;/E sul deserto jugero/Resi a Pale tornar coloni, e armenti » (O. MICHELI PELLEGRINI, *Per le nozze del signor Gaetano Giorgini di Montignoso colla signora Carolina Diana di Massa*, Lucca, Tipografia Bertini, 1816, p. 4). Da notare infine che il fratello Andrea fu uomo « di vasta ed estesa cultura letteraria », che si distinse per la sua attività di traduttore dal tedesco (così G. SFORZA, *Andrea Micheli Pellegrini*, in « Giornale storico della Lunigiana », X, 1919, p. 66-67, al quale appartiene il giudizio riportato tra virgolette).

diatamente successivo, si potrà vedere come una questione forense scaturita dai sommovimenti giuridici del periodo venga affrontata dal Micheli Pellegrini in modo da collocarsi, senza eccessivi turbamenti, fra tradizione e innovazione giuridica, o, se si preferisce, tra diritto comune e sistema codicistico.

Cominciamo dunque dalla teoria.

- 4.a. « *I libri denno insegnare il modo di studiare le leggi, e rettamamente applicarle, non denno decidere le controversie forensi* ».

Nel 1820 il Micheli Pellegrini dava alle stampe un opuscolo dal titolo *Sulla necessità di proibire le citazioni degl'interpreti e dei decidenti nelle allegazioni e nelle sentenze* ⁽⁹⁴⁾.

Il tema era un classico dell'Illuminismo giuridico, collegato soprattutto al dispaccio tanucciano del 1774 per il Regno delle Due Sicilie — che aveva meritato l'apologia, fra gli altri, da parte del giovane Filangieri ⁽⁹⁵⁾ —, con il quale si proibiva la citazione della dottrina nelle sentenze; e che aveva il suo precedente 'archetipico' nelle *Regie Costituzioni* di Vittorio Amedeo II ⁽⁹⁶⁾. Esso prospettava un rimedio al caos giurisprudenziale — come ben si sa — che non aveva incontrato a suo tempo il favore del Muratori, il quale aveva visto nell'abolizione delle citazioni degli interpreti un aumento — inversamente proporzionale, potremmo dire — dell'arbi-

⁽⁹⁴⁾ *Sulla necessità di proibire le citazioni degl'interpreti e dei decidenti nelle allegazioni e nelle sentenze. Riflessioni logiche e legali dell'avvocato Odoardo MICHELI PELLEGRINI giudice di prima istanza della città e Ducato di Massa, Lucca, dalla tipografia di Francesco Bertini, 1820 (la frase riportata nel titolo è alle pp. 5-6).*

⁽⁹⁵⁾ Che ne aveva trattato nelle *Riflessioni politiche sull'ultima Legge del Sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia*, Napoli, nella Stamperia di Michele Morelli, 1774 e più volte ristampata (io cito da G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, V, Firenze, per Niccolò Conti, 1831, pp. 331-363); della cui impostazione un po' semplicistica il filosofo napoletano stesso ebbe più tardi a pentirsi, come informa I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, p. 511.

⁽⁹⁶⁾ Ovviamente è da farsi riferimento alle edizioni del 1729 e 1770, che al Lib. 3, tit. 22, contengono il divieto di citazioni, non previsto nell'edizione del 1723. Cfr. I. SOFFIETTI-C. MONTANARI, *Il diritto negli Stati sabaudi*, pp. 69-75, con il testo della disposizione alle pp. 278-279.

trio dei giudicanti: a suo avviso infatti, abolendo le citazioni dottrinali, sarebbe venuto meno un freno alle libere interpretazioni da parte dei giudici, i quali così avrebbero potuto « sentenziare a lor talento nelle cause, ed oggi in una maniera, domani in un'altra, e posdomani in contrario, stante il dipendere dall'intendimento loro l'approvar più questa, che quella ragione »⁽⁹⁷⁾.

Era un tema, dunque, « datato », che tuttavia poteva avere ancora un certo interesse nel Ducato, dove il fenomeno codificatorio non aveva attecchito.

Or bene, occorre dire immediatamente che il Micheli Pellegrini lo affrontava seguendo le istanze illuministiche, ma completamente all'interno della tradizione del diritto comune: egli auspicava non un superamento del diritto comune, ma piuttosto un profondo rinnovamento dei metodi sui quali tale sistema giurisprudenziale si era costruito. Ed è significativo che nell'esposizione egli si appoggiasse soltanto su allegazioni provenienti dalla classicità (Cicerone, Quintiliano, Orazio) e dal *Corpus Iuris Civilis*, mai facendo riferimento agli autori del diritto comune che si erano interessati di *interpretatio*, evidentemente cercando, anche nel metodo espositivo, di riaffermare il primato delle leggi romane sulla dottrina di antico regime.

Ma vediamo analiticamente il contenuto dell'opera.

Essa si apre con la constatazione che, mentre in ogni campo del sapere il secolo decimottavo ha scosso il giogo dell'*ipse dixit*, nella giurisprudenza pratica questo non è avvenuto, giacché ancora continuano ad avere un peso soverchiante le autorità dei dottori. Il Micheli Pellegrini esalta la scelta codificatoria dell'imperatore d'Au-

(97) L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, In Venezia, presso Giambattista Pasquali, 1742 (rist. an. Roma, Ministero della Giustizia, 1999), cap. 10, p. 80; che l'operetta del Muratori contenesse « alcune delle idee guida che saranno rilanciate a mo' di manifesto dall'illuminismo giuridico », è stato ricordato di recente da M.G. DI RENZO VILLATA, *Ludovico Antonio Muratori e la scienza giuridica della sua epoca tra conservazione e suggestioni di riforma*, in « L.A. Muratori "I difetti della giurisprudenza ieri e oggi" ». Atti del convegno di Vignola del 2 dicembre 2000, con il coordinamento di G. Alpa, Milano, Giuffrè, 2002, p. 94. Per un panorama sul Muratori nel contesto settecentesco, cfr. anche U. PETRONIO, *Una critica arcadica di Ludovico Antonio Muratori ai difetti della giurisprudenza*, Premessa alla ristampa anastatica sopracitata ed ora anche negli atti del Convegno ult. cit., pp. 3-81.

stria, considerando l'ABGB ascrivibile ai « più bei parti dell'ingegno in fatto di legislazione »⁽⁹⁸⁾, per aver fissato i ruoli e i limiti dell'interpretazione, il ricorso in via subordinata al diritto naturale e l'istituto dell'interpretazione autentica (§§. 6-7-8)⁽⁹⁹⁾; e loda pure le riforme di Federico II di Prussia⁽¹⁰⁰⁾ e di Vittorio Amedeo, nonché il Dispaccio tanucciano del 1774, che erroneamente data 1788⁽¹⁰¹⁾.

Fatta questa premessa entra subito *in medias res* indicando cinque ragioni che giustificano, a suo parere, la necessità della proibizione delle citazioni.

La prima è quella della conservazione della legge.

Già Giustiniano, al momento della promulgazione del Codice e del Digesto, si era reso conto che era necessario proibirne i commenti, perché questi avrebbero in breve tempo reso vana la compilazione e la finalità di semplificazione che l'aveva ispirata. L'impe-

⁽⁹⁸⁾ MICHELI PELLEGRINI, *Sulla necessità*, p. 4.

⁽⁹⁹⁾ Sull'importanza di questi articoli nell'impianto codificatorio, cfr. E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*², Torino, Giappichelli, 2000, pp. 143, 145-146 e, sulla duttilità da essi garantita, che ha consentito la lunga vita dell'ABGB anche al di fuori della società che lo ha visto nascere, cfr. P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 63-64.

⁽¹⁰⁰⁾ Sulle quali cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976 (rist. 1987), pp. 243-245, e da ultimo I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, pp. 465-481. Il Micheli Pellegrini riporta espressamente in nota il § 28 n. 9 della Prefazione del *Project des Codicis Fridericiani Marchici* in traduzione francese (il cosiddetto *Code Frédéric*), che ricordava l'espresso divieto di citazioni dottrinali, voluto da quel sovrano; nella Parte 1^a, Lib. 1, tit. 2, § 5, infatti egli proibiva « aux Avocats de citer à l'avenir l'autorité du Droit Romain, ou celle de quelque Docteur que ce soit; et aux Juges d'y avoir égard dans la décision des procès » (*Code Frédéric ou Corps de droit, pour les États de sa Majesté le Roi de Prusse: Fondé sur la Raison, et sur les Constitutions du Pays*, s.l., 1751, p. XX). Si noti che Federico II, per questo suo intervento, era già stato lodato anche dal FILANGIERI, *Riflessioni politiche*, parte 1, § 8, p. 353, che lo aveva definito « principe illuminato, che ha avuta l'arte di rendere egualmente glorioso il suo nome nelle reggie dei principi, che ne' gabinetti de' pacifici filosofi ».

⁽¹⁰¹⁾ Molto probabilmente confondendo la data del dispaccio con quella dell'opera di un estimatore del Tanucci, citato dallo stesso Micheli Pellegrini, cioè DONATO TOMMASI, *Elogio storico del cavaliere Gaetano Filangieri*, Napoli, presso Filippo Raimondi, 1788.

ratore non aveva fatto altro che riprendere certe critiche che già al tempo di Cicerone ⁽¹⁰²⁾ si erano levate contro la congerie di libri legali in uso nel fòro e pertanto aveva ritenuto, con due sue costituzioni ⁽¹⁰³⁾, di ovviare per il futuro agli endemici inconvenienti. Ma Giustiniano non riuscì con queste sue leggi a risolvere il problema, perché grazie alla consuetudine interpretativa ⁽¹⁰⁴⁾ e al fatto che non eran previste specifiche sanzioni per gli interpreti, i commenti cominciarono ben presto a circolare. E allora, si domanda il Micheli Pellegrini, che direbbero Giustiniano e i suoi collaboratori « se dopo aver letto i più sodi ragionamenti fatti da pochi interpreti per assicurare una conclusione conforme alle parole, ed allo spirito della legge da cui la traggono, leggessero infine questa perpetua e

⁽¹⁰²⁾ Il Micheli Pellegrini si richiama al *De oratore* e alle due difese per Lucio Murena e per Aulo Cècina. Nel primo scritto (§ 44, nn. 107-203) Cicerone aveva fatto dire a Crasso che lo studio del diritto era importantissimo per chi vuol diventare perfetto oratore e la raccolta delle dodici tavole superava in prestigio molti libri contenuti nelle biblioteche dei filosofi. Nell'*Oratio pro Murena* (§ 12) egli si burlava dell'eccessivo formalismo della giurisprudenza tradizionale, rinfacciando a molti giuristi di essere degli oratori mancati (lo ha notato A. ARDIZZONI, *Introduzione a M.T. CICERONE, «L'orazione per Lucio Murena»*, Milano, Mondadori, 1972, p. 201); nella *Pro Caecina* (§ 25), infine, egli difendeva appassionatamente il diritto civile di Roma, rivalutando lo spirito della legge contro la gretta interpretazione letterale (cfr. in questi termini, F. CASORATI, *Introduzione a M.T. CICERONE, «L'orazione per Aulo Cecina»*, Milano, Mondadori, 1973, p. 13).

⁽¹⁰³⁾ Si trattava di paragrafi delle costituzioni del titolo *De veteri iure enucleando, et de auctoritate iurisprudentium qui in ff. referuntur*, la *Deo Auctore* del 530 (C. 1.17.1.12) e la *Tanta* del 533 (C. 1.17.2.21) — che rispettivamente ordinavano la redazione e la promulgazione del Digesto —; l'autore poi fa riferimento in modo separato alla l. 3 § 21 Codice (la cost. *Dedit nobis* del 533), che si rinviene nell'edizione del Codice del Freiesleben, assai diffusa presso i pratici tra Sette e Ottocento (l'esemplare Lugduni 1760 che consulto nel Fondo Buonamici del Dipartimento di Diritto Privato dell'Università di Pisa reca la segnatura di possesso del professore pisano Lorenzo Quartieri), e in molte vulgate, ma non nella cinquecentesca Venetiis 1574, né nell'edizione critica del Krüger; però, come informa il sempre utile A. RIVIER, *Introduction historique au droit romain*, Bruxelles, G. Mayolez libraire-éditeur, 1881, p. 488, questa null'altro era che il testo con il quale era latinamente conosciuta l'« expédition grecque de la loi de publication », cioè della *Tanta* predetta, ovvero alla greca Δέδωκεν (*Dedit*). Tali paragrafi vietavano tutti la redazione di nuovi commentari sulle disposizioni contenute nel Digesto.

⁽¹⁰⁴⁾ D. 1.3.38 riconosceva a tal specie di consuetudine la *vis legum*.

vergognosa clausola ‘haec tamen in praxi non obtinent’ ‘ciò non si attende in pratica’ »⁽¹⁰⁵⁾?

E non si tratta, a ben vedere, soltanto di un proliferare di opere dottrinali, ma anche di decisioni giurisprudenziali; perfino nella stessa Francia — secondo il Micheli Pellegrini — si sta ormai assistendo ad un aumento delle citazioni della Cassazione nelle allegazioni e nei giudicati « e la riverenza in che si ha generalmente l'opinione di quel consesso rispettabilissimo di giudici, può prevalere talvolta a qualunque argomento di ragione, o di legge, qualora (ciò che la legge stessa suppone possibile) quel supremo magistrato nell'ottimo divisamento di fuggire l'errore venisse sorpreso da una meno felice intelligenza della legge »⁽¹⁰⁶⁾.

Ma il rimedio non può comunque essere, a suo avviso, quello di sanzionare l'utilizzazione della dottrina e della giurisprudenza da parte del giureconsulto che intenda con coscienza fare il proprio mestiere di corretto interprete della legge.

Proibire *tout court* i commenti sarebbe cosa ingiusta e dannosa: ingiusta perché toglierebbe ai cittadini la possibilità di ragionare sulle leggi per correttamente intenderle; dannosa, perché non si può fare a meno di essi per ben comprendere la legge che molte volte deve essere combinata con altre disposizioni e talvolta ha la sua *ratio* che non appare di tutta evidenza, ma necessita di essere svelata con ragionamenti appropriati; ed anche perché lo studio delle leggi è un settore di ampiezza smisurata, cosicché i commentari sono davvero d'aiuto nel preparare la strada a chi si accosta a questa disciplina.

Ed allora — secondo il Micheli Pellegrini — l'unico rimedio che può essere posto dal legislatore è quello del divieto di citazioni, cosicché l'avvocato non farà più delle allegazioni basate magari sul numero e sull'autorevolezza delle dottrine citate, ma dovrà caso per caso studiare la questione ed esporre le ragioni della propria domanda, presentando la legge sulla quale essa si fonda, e se le sue ragioni persuaderanno il giudice, « egli otterrà vittoria non perché ebbe la fortuna di trovar fra le tarle, e la polvere il passo favorevole

⁽¹⁰⁵⁾ MICHELI PELLEGRINI, *Sulla necessità*, p. 9.

⁽¹⁰⁶⁾ MICHELI PELLEGRINI, *Sulla necessità*, p. 10.

d'un autore apprezzato, ma perché la ragione, e la legge lo hanno assistito » (107).

Né vale osservare in contrario che sarebbe sufficiente obbligare i giudici e i difensori a premettere la legge applicata al caso concreto e a dar conto degli argomenti sostenuti, perché in poco tempo le citazioni degli interpreti, molto spesso di grande e meritata fama, riprenderebbero il sopravvento e le loro teorie, ancorché frutto di travisamenti delle leggi, andrebbero a prevalere sul testo della legge stessa (108).

Inoltre, non tiene — all'avviso del Micheli Pellegrini — neppure l'obiezione che togliendo le citazioni si incrementerebbero le oscillazioni della giurisprudenza, alle quali si potrebbe porre rimedio solo in base alla considerazione del numero dei sostenitori di una teoria in opposto ad un'altra sostenuta da altri giudici. Infatti, il giudice che voglia ben apprendere le leggi, che è chiamato ad applicare, si formerà sulle leggi stesse e solo successivamente accederà a quell'interpretazione che più soddisfa la sua logica giuridica, magari tenendo conto anche del numero dei sostenitori; ma se applicherà i ragionamenti logici sarà difficile che tutte le opinioni discordanti gli appaiano parimenti efficaci. Laddove comunque questo si

(107) MICHELI PELLEGRINI, *Sulla necessità*, p. 13. Mi pare evidente l'eco filangieriana delle *Riflessioni politiche* (parte 2, § 6, p. 362): « Il re proscrive l'autorità dei dottori, ma non credo ne proscriva lo studio e la lettura. Che immerso nella biblioteca forense, il magistrato si faccia pure un dovere di consultare quando gli piaccia i polverosi volumi di Bartolo e di Baldo. Per profittare delle loro interpretazioni, non è necessario di dire: io decido così, perché questa è l'opinione dei dottori ».

(108) « Non lo so; ma ho ragion di temere — dice il Micheli Pellegrini —, che l'errore dell'interprete si converta in massima certa di diritto civile. In una parola se si vogliono levare i disordini, non bastano i medii temperamenti, convien togliere assolutamente di mezzo la causa che li produce » (p. 14). E mi pare evidente l'assonanza col « mettere la falce alla radice » del MURATORI, *I difetti*, p. 182 (sul quale atteggiamento si è soffermato U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, p. 283-284), ancorché mai in quest'opuscolo l'autore di Vignola sia menzionato espressamente dal Micheli Pellegrini. Comunque le opere del Muratori erano penetrate a Massa e sin dal 1779 la « Ducale Biblioteca », voluta da Maria Teresa, e aperta al pubblico, le possedeva tutte a séguito del lascito Torretti, come dà notizia il BEDONI, *Il Ducato di Massa e Carrara*, p. 263 e conferma F. BONATTI, *Gli istituti culturali nel Ducato di Massa-Carrara nell'età delle riforme*, in « Annuario della Biblioteca civica di Massa », 1982-1983, p. 159, precisando che tali opere erano tutte *in prima edizione*.

verificasse, egli potrà chiedere l'intervento del legislatore, in modo che sia tolta di mezzo l'incongruenza, con l'interpretazione autentica.

In realtà — conclude su questo punto il Micheli Pellegrini — il problema delle troppe interpretazioni nasce dall'abuso del raziocinio, che porta a sottili distinzioni e suddistinzioni; tali interpretazioni discordanti « sono le conseguenze infinite, che per argomenti d'induzione si traggono il più delle volte da una sola legge, la quale per tal modo si estende a quei casi, che non ha mai previsto, o che sono in altro modo decisi da leggi diverse » ⁽¹⁰⁹⁾.

Proibire le citazioni ha come sua conseguenza immediata — ed è la seconda ragione che legittima, ad avviso del Micheli Pellegrini, l'introduzione di tale proibizione — la necessità che i difensori e i giudici si applichino maggiormente alle cause loro affidate.

Qui compare l'unica citazione *en passant* di un autore del diritto comune, Giovan Battista De Luca, che già in pieno Seicento aveva notato come molto spesso i prammatici anteponevano l'opinione dei dottori al testo della legge ⁽¹¹⁰⁾: « solo io voglio — dice il Micheli Pellegrini — che i libri insegnino il modo di trattar la causa, ma non che la trattino essi per l'avvocato » ⁽¹¹¹⁾.

Il che significa necessità di studi giuridici che aiutino i giovani a formarsi per poi essere persuasivi. È la « persuasione logica » argomentata dalla legge, in definitiva, che deve sempre prevalere; infatti « le allegazioni sono dirette a persuader l'animo del giudice colla legge, e la ragione alla mano; i motivi delle sentenze a persuader le parti, i loro difensori, e qualunque cittadino, che voglia con-

⁽¹⁰⁹⁾ MICHELI PELLEGRINI, *Sulla necessità*, p. 15. Ed era un vizio assai risalente, che il Micheli Pellegrini rinveniva già evidenziato in Cicerone, secondo il quale i giuristi molto spesso, o per millantarsi sapienti, o per ignoranza nel metodo d'insegnamento, « quod positum est in una cognitione, id <in> infinita dispertuntur » (cfr. M.T. CICERONE, *De legibus*, II, 47 [ed. a cura di F. Cancelli, Milano, Mondadori, 1969, p. 179]).

⁽¹¹⁰⁾ Sull'atteggiamento del giurista venesino avverso i prammatici cfr. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, pp. 301-304, e il sempre valido G. ERMINI, I « prammatici » nella storia del diritto dell'età moderna, in « Archivio Storico Italiano », CXXXV, 1977, pp. 436-445.

⁽¹¹¹⁾ MICHELI PELLEGRINI, *Sulla necessità*, p. 17.

formare le sue azioni alle leggi, ed al modo con cui s'intendono dai tribunali » (112).

La terza ragione che giustifica l'introduzione del divieto viene rinvenuta dal Micheli Pellegrini nel fatto che con esso diminuirebbe l'«arbitrio giudiziale» e nello stesso tempo aumenterebbe l'«onoratezza dei difensori» nella scelta dei mezzi difensivi.

Questo argomento è strettamente correlato con la prima ragione — la conservazione della legge —, ma si distingue da questa per il fatto che l'arbitrio è sempre un qualcosa di intenzionale: è il risultato della «volontà in perfetta discordanza con l'intelletto», vuoi per offendere il legislatore o semplicemente per favorire uno dei litiganti, oppure «per combinare l'equità con la legge» (113).

È evidente — secondo il Micheli Pellegrini — che nel *mare magnum* della giurisprudenza forense sarà sempre facile rinvenire un'opinione che fa al proprio caso, cosicché, se non si tiene ben ferma la legge, è possibile far dire a questa cose che essa assolutamente non dice. Può accadere che ciò sia dovuto ad una eccezione che il caso esaminato dal pratico effettivamente richiede — una sorta, dunque, di eccezione al principio —, ma se si prende solo il risultato del ragionamento logico, senza vedere che cosa c'è a monte, molto spesso accade che «la conseguenza si cambia in principio, i falsi argomenti da cui si deduce, si cambiano nella ragione del principio stabilito, e si trae quindi dagli uni e dall'altra una seconda conseguenza, che non può non essere fallace, quando è fallace il primo membro del sillogismo» (114).

Ecco, allora, perché è opportuno togliere di mezzo quelle che il

(112) MICHELI PELLEGRINI, *Sulla necessità*, pp. 18-19.

(113) MICHELI PELLEGRINI, *Sulla necessità*, p. 20.

(114) MICHELI PELLEGRINI, *Sulla necessità*, p. 20. Sul sillogismo giudiziale, qualche considerazione non inutile in U. SANTARELLI, *Auctor iuris homo. Introduzione allo studio dell'esperienza giuridica basso-medievale*, ed. provvisoria, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 67-75. Della necessità che la sentenza fosse un «puro sillogismo, la cui maggiore fosse nel Diritto, la minore nel fatto, la conseguenza nel Decreto», aveva parlato anche il TOMMASI, *Elogio storico*, pp. 16-17, per giustificare l'intervento tanucciano che proprio a tal fine, tra l'altro, aveva disposto «che l'autorità dei Dottori fosse affatto sbandita dalle giudicature; e che il magistrato dovesse esporre in istampa la ragion legale, su cui si fondava la sua sentenza» (pp. 18-19).

Muratori avrebbe chiamato « litanie di autorità ». D'altra parte, in questo modo anche il decoro dei difensori verrebbe accresciuto: riprendendo una risalente distinzione in merito alla differente *auctoritas* da riconoscersi ai commentari di scuola — di cui non può essere messa in dubbio l'imparzialità — e ai *consilia* — invece sempre 'parziali', per definizione, nel caso in cui siano stati resi *pro veritate* e non al giudice —, il Micheli Pellegrini ritiene inutile la regola, affermatasi nella pratica, che questi ultimi debbano essere accompagnati dalla citazione della dottrina proprio per garantirne l'attendibilità.

Ciò sarebbe lesivo della dignità del difensore e del giudice; infatti, non c'è bisogno per il difensore di ricorrere alle autorità, quando egli ha assunto una difesa nella quale le argomentazioni risultano dalla ragion naturale e dalle leggi; e così pure il giudice, se correttamente « formato nelle leggi », non avrà necessità di appoggiarsi al parere di altri, magari meno dotti di lui.

Il ricorso a roboanti citazioni, insomma, può soltanto servire al vano tentativo di « intorbidire le acque », ma non a chiarificare i punti su cui realmente si appoggiano le argomentazioni: « la verità può talora offuscarsi fra le tenebre del sofisma, ma ella traspare ignuda dalle stesse mani di chi tentò di nasconderla, il nome degli'interpreti o dei tribunali non gli servirà allora da martello [*sic!*, ma evidentemente: mantello] » ⁽¹¹⁵⁾.

La quarta ragione dell'invocato divieto è rinvenuta dal Micheli Pellegrini nella conservazione della semplicità e chiarezza delle leggi.

È anche questo un tema assai risalente — l'autore lo riporta alla celebre legge di Valentiniano e Marciano contenuta in C.

⁽¹¹⁵⁾ MICHELI PELLEGRINI, *Sulla necessità*, p. 22. In termini analoghi si era espresso il TOMMASI, *Elogio storico*, p. 22, commentando i *Riflessi* del Filangieri sulla riforma della giustizia: « Ma non si sarebbe tolto l'arbitrio giudiziario, se non si fossero sbandite le opinioni, e le autorità de' Dottori. Esse eran quelle, che principalmente lo proteggevano, e il nascondevano. La diversità delle loro interpretazioni, le tante eccezioni, ed ampliamenti avrebbero sempre somministrato al Giudice un velo da coprire le sue arbitrarie decisioni, ed il mezzo più efficace da eludere il vero senso delle leggi ». Il FILANGIERI, *Riflessioni politiche*, parte 1, § 8, p. 352, del resto, aveva notato che la legge del sovrano sarebbe stata « inconsequente » senza la proibizione delle opinioni.

1.14.9 ⁽¹¹⁶⁾ —, che era stato pure un *leit motiv* dell'Illuminismo giuridico: la necessità di leggi chiare, che siano comprensibili a tutti, perché solo così è possibile a ciascun cittadino conformarsi volontariamente al precetto ⁽¹¹⁷⁾. Ed era una ragione per la quale si era da molti sostenuta anche la necessità dell'abbandono della lingua latina in favore degli idiomi nazionali ⁽¹¹⁸⁾.

Il Micheli Pellegrini si limita ad osservare che nella situazione attuale, con la congerie di citazioni, le parti in causa non riescono neppure a sapere in virtù di quale legge esse sono state condannate o assolte: « il cittadino che vorrà leggere per istruirsi, e troverà sigle, e abbreviature inintelligibili, cifre arabe, e nomi di autori sconosciuti, avrà ragione di domandare: ma qual è la legge che mi ha fatto vincere o perder la causa? E per qual ragione il tribunale ha violata questa chiara disposizione, che io leggo, e vedo che avrebbe potuto servire a sciogliere la questione? » ⁽¹¹⁹⁾.

A ciò si può, secondo lui, rimediare, ordinando ai tribunali di decidere sulla sola autorità della legge, in modo che i cittadini potranno così conoscere qual è la disposizione applicata al caso concreto e farne memoria per i casi simili che si presenteranno in futuro ⁽¹²⁰⁾.

La quinta ed ultima ragione per l'introduzione del divieto di citazioni è rappresentata, secondo l'autore, dall'*inviolabilità del diritto d'interpretazione* che appartiene al solo imperatore.

Il Micheli Pellegrini riprende qui una distinzione già presente negli autori di diritto comune (specialmente quando si eran trovati

⁽¹¹⁶⁾ C. 1.14.9: « Leges sacratissimae, quae constringunt omnium vitas, intellegi ab omnibus debent, ut universi praescripto earum manifestius cognito vel inhibita declinent vel permissa sectentur ».

⁽¹¹⁷⁾ Per l'atteggiamento, con diverse sfumature, degli illuministi italiani sul problema delle leggi chiare e sulla semplificazione, cfr. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, pp. 315-322.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, pp. 200-204, 274-275.

⁽¹¹⁹⁾ MICHELI PELLEGRINI, *Sulla necessità*, pp. 23-24.

⁽¹²⁰⁾ « Le leggi delle dodici tavole — conclude il Micheli Pellegrini, con una buona dose di retorica — stavano esposte nel foro Romano incise sul bronzo: la materia in cui erano scritte, ed il luogo in cui stavano parlavano abbastanza » (p. 24).

a trattare di interpretazione del diritto proprio) ⁽¹²¹⁾, ed anche in quelli dell'Illuminismo giuridico, quando si era affermata con nettezza la distinzione tra interpretazione e applicazione ⁽¹²²⁾.

In sostanza, i procedimenti logici volti a cavar *rationes* dalla legge non sarebbero, ad avviso del nostro, propriamente attinenti all'interpretazione, ma piuttosto all'applicazione della legge stessa, cosicché essi non incorrerebbero affatto nel divieto di interpretazione, rientrando piuttosto nella corretta intellesione della norma ⁽¹²³⁾.

Da qui, allora, l'importanza di precisare in che cosa consista l'interpretazione proveniente dall'imperatore. Secondo il Micheli Pellegrini, all'imperatore si può ricorrere da parte del giudice soltanto quando la legge è oscura e non consente un'interpretazione univoca; ma questo ricorso dovrà avvenire solo dopo che egli avrà giudicato, per evitare in futuro nuove dispute sul punto controverso ⁽¹²⁴⁾.

In altri termini, egli nega che il giudice possa disapplicare la legge anche quando questa gli appare oscura o contro l'equità: questi dovrà giudicare ugualmente e soltanto dopo chiedere al principe che sia tolta la « dubbiozza » *pro futuro*; ché altrimenti, se il sovrano oracolo si applicasse al processo *de quo*, ciò significherebbe o che il caso controverso, al momento in cui è sorto, non aveva disciplina o, il che è lo stesso, ammettere la retroattività del provvedimento legislativo.

Come si vede, il Micheli Pellegrini si attesta su posizioni di stretto legalismo: esso gli fa dimenticare quella tradizione del diritto

⁽¹²¹⁾ M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 85-147.

⁽¹²²⁾ Questo itinerario è stato ricostruito da P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica*, pp. 1-40, 115-153.

⁽¹²³⁾ Dice testualmente il giurista di Carrara: « Tutto quello adunque che dicesi dell'interpretazione dichiarativa estensiva, e restrittiva non è proprio della vera interpretazione, ma dell'intima cognizione della legge, e del modo di applicarla rettamente » (p. 26).

⁽¹²⁴⁾ Tutto questo in forza della Novella 125 (Auth. Coll. 9.8.1; il titolo reca la chiarificatrice rubrica *Ut iudices non expectent sacras iussiones, sed quae videntur eis, decernant*), che aveva derogato come *lex posterior* alle precedenti Novelle 82 e 113, le quali avevano per converso prescritto al giudice di ricorrere al principe nei casi dubbi.

comune che invece aveva consentito al giudice di svolgere un sindacato sulla legge stessa e di disapplicarla nel caso l'avesse riscontrata contraria al diritto naturale e all'equità. Si può senz'altro dire che il formalismo giuridico ha preso fortemente piede, pur in un'esperienza giuridica a diritto comune, che per la sua natura dovrebbe esserne immune.

E a conferma di ciò, deve essere sottolineato come venga dal Micheli Pellegrini fortemente ridimensionato il ruolo della consuetudine interpretativa: essa può aversi solo quando sia espressione della volontà dell'intero popolo o del sovrano, ma non quando si formi nei tribunali o tra i giuristi. Una consuetudine di tal specie infatti sarebbe « impura nei suoi principii », difficile a provarsi e comunque « nulla per la mancanza di volontà di tutto il popolo presso cui è introdotta »⁽¹²⁵⁾. È anche per evitare un'aberrazione giuridica siffatta, quindi, che si rende necessaria la proibizione delle citazioni.

Concludendo — ad avviso del Micheli Pellegrini — occorre trovare *le just milieu* tra il sempre conveniente studio degli autori e il detestabile dilagare nel fòro delle loro opinioni: ed esso viene appunto da lui rinvenuto proprio nell'inibizione delle citazioni, sia nelle sentenze che negli atti difensivi⁽¹²⁶⁾.

4.b. *Questioni nuove e soluzioni tradizionali: il voto dell'Ufficio fiscale come consilium sapientis iudiciale.*

Un voto fiscale reso dal Micheli Pellegrini in una causa pendente innanzi al Supremo Tribunale di Giustizia, evidenziando in modo particolare la sua conoscenza delle tematiche del diritto comune, può essere preso in esame in questa sede per saggiare ulteriormente l'esperienza giuridica massese⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²⁵⁾ MICHELI PELLEGRINI, *Sulla necessità*, p. 30.

⁽¹²⁶⁾ « Gli Augusti legislatori, che hanno adottato questa provvidenza — osserva conclusivamente il giurista di Carrara —, non avevano bisogno della mia apologia: essa per conseguenza non ebbe altro oggetto, che quello di ricercare le cause che la produssero colla mira di vederne esteso l'esempio » (p. 31).

⁽¹²⁷⁾ ASMS, *Tribunale Supremo di Giustizia*, Causa Brondi contro Rolla e Bonni,

La questione *in puncto* trattata era quella dell'obbligatorietà del voto dell'Ufficio fiscale ai sensi dell'art. 23 dell'Editto Giurisdizionale « nelle cause civili interessanti l'ordine pubblico, le Comunità, Corpi e Stabilimenti pubblici, e le persone tutte specialmente tutelate dalla legge »⁽¹²⁸⁾.

Avverso una sentenza del Tribunale d'Appello di Massa, resa nei confronti di un minore, era stata introdotta la *querela nullitatis* perché in quel grado di giudizio, a differenza della prima istanza — dove il procuratore fiscale era intervenuto pronunciandosi peraltro in sfavore della parte tutelata —, non era stato assunto il voto dell'avvocato fiscale.

Il Micheli Pellegrini affrontava *d'emblée* l'argomento e si domandava se la sentenza d'appello che era stata favorevole alla parte tutelata fosse essa stessa nulla per difetto del voto dell'avvocato fiscale.

Per rispondere egli procedeva alla disamina di alcune tematiche, tutte attinenti al diritto statutario, le quali avevano interessato nel corso dei secoli i Dottori a partire dal basso medioevo: innanzitutto si trattava di vedere se la disposizione dell'art. 23 dell'Editto giurisdizionale fosse o no una disposizione di legge « per modo proibitivo e negativo » — cioè che determinasse *ipso iure* la nullità —, oppure una legge che disponesse « per modo imperativo », alla violazione della quale la nullità sarebbe conseguita solo se espressamente comminata.

L'art. 23 predetto poteva ad una prima analisi farsi rientrare tra le leggi del primo tipo, ma a questa soluzione ostava il fatto che essa era « una forma indotta da statuto particolare, e non dal gius comune », cosicché la sua violazione avrebbe importato per questa via la nullità degli atti conseguenti⁽¹²⁹⁾.

b. 429, fasc. 7, *Voto fiscale nella causa pendente avanti il Supremo Tribunale di Giustizia tra Iacopo Brondi ricorrente in revisione E e Iacopo Rolla, e Francesco Bonni rappresentato dal suo curatore Pietro Quadrella Appellati*, Massa 22 aprile 1826.

⁽¹²⁸⁾ ASMS, *Leggi di Massa*, I, *Editto 9 dicembre 1815*, art. 23: « L'Ufficio Fiscale sarà sentito in tutte le cause civili interessanti l'ordine pubblico, le Comunità, Corpi e Stabilimenti pubblici, e le persone tutte tutelate dalla legge ».

⁽¹²⁹⁾ ASMS, *Tribunale Supremo di Giustizia*, b. 429, fasc. 7, *Voto fiscale*, [pp. 1-2].

Infatti già il pratico Savelli, al quale il Micheli Pellegrini si richiamava, aveva affermato nel Seicento che « forma data a statuto censetur substantialis, et illa non servata actus est nullus »⁽¹³⁰⁾, riportandosi ad una tradizione interpretativa che in precedenza aveva avuto come testimoni Stefano Graziani⁽¹³¹⁾ e numerose decisioni della Rota romana⁽¹³²⁾. La forma del voto fiscale, in quanto dettata da norma statutaria, avrebbe assunto dunque, proprio per questo

(130) M.A. SAVELLI, *Summa diversorum tractatum*, II, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1707, § *Forma XVIII*, p. 181, n. 3. Su questo giurista vedi il recente D. EDIGATI, *Una vita nelle Istituzioni. Marc'Antonio Savelli giurista e cancelliere tra Stato pontificio e Toscana medicea*, Modigliana, Edizioni dell'Accademia degli Incamminati, 2005.

(131) S. GRAZIANI, *Disceptationes forensium iudiciorum*, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1699, t. 4, cap. 742, p. 448, n. 1, che parlando della *denunciatio* prescritta a carico dei venditori da una costituzione pontificia di Paolo III per l'eventuale esercizio della prelazione da parte di terzi proprietari di immobili vicini a quelli messi in vendita, aveva asserito che « talis denunciatio requiritur pro forma ... et in dubio sempre praesumitur substantialis, qua ommissa corrui actus ». Cosa che si sarebbe verificata pure nel caso di contratto per il quale lo statuto ordinasse l'intervento di *proximiores* e questi non fossero intervenuti, « quod inducit formam qua non servata, inducitur nullitas ipso iure, ita ut ex eo non oriatur aliqua obligatio civilis, aut naturalis » (t. 4, cap. 647, p. 134, n. 1), come aveva già sostenuto un consulente del calibro di A. BERÒ, *Consilia sive responsa*, I, Venetiis, apud Franciscum Ziletum, 1577, L. I, Cons. 176, *In causa*, p. 658, nn. 1-2. E in termini analoghi ancora il Graziani nella *disceptatio* in t. 5, cap. 965, p. 505, n. 18.

(132) Fra le tante, si può citare *Rota Romana coram Bevilaqua*, Romana Domus, 31 maii 1655, in *Sacrae Romanae Rotae decisionum recentiorum pars duodecima novissima... a Paulo Rubeo selectarum*, Romae, ex Typographia Camerae Apostolicae, 1670, dec. 31, pp. 70-72, la quale tratta di un contratto di vendita di una casa, non osservate le formalità dello Statuto di Roma, sia sotto il profilo del necessario intervento dei parenti, sia sotto quello della citazione di tali parenti. « Absque difficultate » un contratto di vendita siffatto veniva ritenuto dalla Rota nullo « ex disposizione statuti » (p. 71, nn. 1-2). E così pure, in materia di negozi posti in essere da minori non osservate le forme statutarie (nel caso di specie si trattava di una transazione senza *licentia et decretum DD. Antianorum, et Doctorum de Collegio*, prescritti dallo Statuto di Bologna), la stessa Rota aveva avuto modo di precisare che « ipso iure cassa, et irrita remansit bonorum dimissio in transactione facta » e che, a causa di questa « Statuti resistentia », non poteva considerarsi sorta a carico della minore nessuna obbligazione né civile né naturale (*Rota Romana coram Vicecomite*, Bononiensis Transactionis, 17 Iunii 1675, in *Sacrae Romanae Rotae decisiones recentiores nuncupatae pars in ordine XVIII tomus secundus ... a I. Baptista Compagno ... Selectore, et Compilatore ab eadem Sacra Rota probato*, Romae, Ex Typographia Rev. Cam. Apost., 1681, dec. 547, pp. 240-241, nn. 1-3).

fatto, valore sostanziale e l'inosservanza di essa non poteva che determinare la nullità della sentenza.

A questa interpretazione però, secondo il giurista di Carrara, si poteva obiettare da altri che il voto fiscale è « un atto semplicemente diretto alla maggior difesa delle persone, nelle cause delle quali è richiesto », cosicché quando la sentenza è stata favorevole alla persona tutelata, la nullità per mancata assunzione del voto viene sanata ed inoltre, proprio per questo, tale nullità può essere eccepita soltanto dalla parte in favore della quale il voto è stato prescritto dalla legge ⁽¹³³⁾.

Però questa argomentazione — all'avviso del Micheli Pellegrini — non teneva conto in primo luogo dell'interesse pubblico che è sotteso a tale materia: in virtù di questo pubblico interesse non solo « le persone che sono sotto l'immediata protezione delle leggi » possono eccepire la nullità, ma anche la controparte e i terzi. E tutto questo in base ad una consolidata interpretazione riportata dal giurista secentesco Biagio Aldimari ⁽¹³⁴⁾, fin troppo pedissequo seguace ⁽¹³⁵⁾ d'un'altra autorità indiscussa del processo romano-canonico, quale il riminese cinquecentesco Sebastiano Vanzi, il cui trattato *De nullitatibus sententiarum*, oltre a trovare collocazione

⁽¹³³⁾ ASMS, *Tribunale Supremo di Giustizia*, b. 429, fasc. 7, *Voto fiscale*, [p. 2].

⁽¹³⁴⁾ Nato probabilmente nel 1630, l'Aldimari (o Altomare, o Altomari) fu giurista operoso nel Napoletano, non estraneo ad interessi eruditi; morì nel 1713. Per ulteriori indicazioni bibliografiche si veda N. TOPPI, *Biblioteca napoletana*, Napoli, Appresso Antonio Bulifon, 1678 (rist. an. Bologna, Forni, 1971), pp. 49-50; F. SORIA, *Memorie storico-critiche degli storici napoletani*, I, Napoli, Nella Stamperia Simoniana, 1781 (rist. an. Bologna, Forni, 1967), pp. 14-17; L. GIUSTINIANI, *Memorie istoriche degli scrittori legali del Regno di Napoli*, I, Napoli, Nella Stamperia Simoniana, 1787 (rist. an. Bologna, Forni, 1970), pp. 32-38.

⁽¹³⁵⁾ Si avrà modo di vedere nel prosiegua numerosi esempi di questo *habitus*; al momento basti notare che l'Aldimari nel proemio (senza numerazione delle pagine) del suo *Tractatus de nullitatibus sententiarum*, I, Venetiis, apud Paulum Balleonium, 1701, dopo aver dato conto delle ragioni del suo impegno in questa difficile materia, dichiarava di ben conoscere l'opera del Vanzi che, con il suo lavoro, intendeva integrare ed ampliare: « Vantius ipse — egli notava — solum de Nullitatibus Processuum, Sententiarum egit, Ego in primo libro de Nullitatibus sententiarum, Processuum, laudorum, arbitramentorum, et quorocunque actuum iudicatorum, signanter ad plurium nostri Regni Neapolitani regiarum Sanctionum explicationem, agam ».

nei *Tractatus universi iuris* ⁽¹³⁶⁾ aveva avuto larga diffusione in numerose edizioni autonome ⁽¹³⁷⁾.

Parlando di nullità degli atti negoziali posti in essere dal minore non osservate le forme indotte dallo statuto, l'Aldimari aveva affermato che tale nullità non poteva essere rinunciata dal minore perché diritto indisponibile:

« Nam cum per statutum sit data forma praecisa contrahendi per minorem, cum verbis nullitatis ipso iure, tunc non potest huic formae renuntiari, neque talis actus ita nulliter gestus poterit approbati, cum huiusmodi solemnitas, et forma censetur inducta propter publicam utilitatem, quamvis sit dictum illam requiri, ne quis decipiatur » ⁽¹³⁸⁾.

Cosicché questi contratti potevano essere impugnati per nullità sia dal minore, che dal terzo. Un ragionamento analogo, avvertiva il Micheli Pellegrini, poteva farsi *a fortiori* anche per le sentenze nulle per violazione di forme, cambiando soltanto la posizione del terzo: nei contratti infatti, a suo avviso, la nullità poteva da questi eccipirsi solo se essa era comminata espressamente dallo statuto, men-

⁽¹³⁶⁾ S. VANZI, *Tractatus de nullitatibus processum, ac sententiarum*, in « *Tractatus universi iuris* », IV, Venetiis 1584, fo. 371 va-472 vb.

⁽¹³⁷⁾ Per quanto i dati biografici del Vanzi siano pressoché totalmente sconosciuti, l'opera ebbe larghissima diffusione: il censimento delle edizioni italiane del XVI secolo (consultabile all'indirizzo <http://edit16.iccu.sbn.it>) ne conta addirittura dodici edizioni italiane, delle quali ben tre sono presenti anche nella Biblioteca Universitaria di Pisa, dove compare anche una lionese del 1552. C.G. JÖCHER, *Allgemeines Gelehrten Lexicon*, IV, Leipzig 1751 (rist. an. Hildesheim, Olms, 1961), c. 1443, informa che *zum vierten male* tale trattato fu stampato a Colonia nel 1697 e l'ICCU (<http://opac.sbn.it>) ne indica un'ulteriore edizione veneziana del 1610. Stando a quanto il Vanzi affermava nella prefazione, egli avrebbe operato nella convinzione di essere utile ai pratici nello sforzo di semplificazione di una materia dispersa in mille rivoli e dopo aver più volte posto mano al suo progetto senza farne di niente, finalmente « ecclesia Romana per obitum Fe. Me. Pauli III pastore carente, a ceteris negotiis non distractus », sarebbe riuscito a dare alla luce questo trattato dopo soli trenta giorni. Non essendo riportata nei « *Tractatus universi iuris* », leggo la *Ad lectorem praefatio* nell'edizione del *Tractatus*, Venetiis, Apud Lucium Spinedam, 1599, ff. 4r-5r (la citazione è al fo. 4v).

⁽¹³⁸⁾ B. ALDIMARI, *Tractatus de nullitatibus sententiarum*, I, rubr. 4, quaestio 1, p. 90, n. 11.

tre nel caso delle sentenze « la qualità loro fa[ceva] le veci dell'espressa statutaria comminazione » (139).

In secondo luogo, riguardo alla rinunciabilità dell'azione di nullità, era da distinguersi quando la forma fosse stata introdotta dall'autorità pubblica per un'utilità pubblica, da quando invece fosse stata prescritta, pur sempre dall'autorità pubblica, ma per la tutela di interessi soltanto privati; in quest'ultimo caso la violazione della forma era rinunciabile, sulla base di un'opinione che, ancora ricordata dal Savelli sempre attento alla prassi forense (140), trovava le sue radici addirittura nella Glossa accursiana, fortemente innovativa rispetto al passo glossato, di Papiniano, che invece sembrava disporre categoricamente l'immutabilità del diritto pubblico attraverso patti privati (141).

Ed era da distinguersi inoltre tra le forme richieste per atti negoziali privati e quelle per le sentenze di grado definitivo e per le non definitive.

Quanto ai primi, si potevano avere i cosiddetti contratti « claudicanti », quando essi fossero stati favorevoli alla parte nel cui interesse la forma era stata introdotta e per i quali era « nell'arbitrio della parte stessa di eccepirne la nullità, o ritenerli validi a piacimento » (142). Per le sentenze invece si doveva notare che in quelle definitive (di ultima istanza e quelle comunque contro le quali non era stato interposto gravame) mancava ragionevolmente l'interesse

(139) ASMS, *Tribunale Supremo di Giustizia*, b. 429, fasc. 7, *Voto fiscale*, [p. 3].

(140) M.A. SAVELLI, *Summa diversorum tractatumum*, II, § *Forma XVIII*, p. 181, n. 6, aveva osservato che « quando tamen non est de iure publico auctoritate, et utilitate simul, sed auctoritate tantum respicit favorem publicum, utilitate vero privatum, renunciari posse videtur », richiamando sul tema una *decisio* della Rota fiorentina, che si era espressa in termini identici (G. MAGONIO, *Decisiones causarum tam Rotae Florentinae, quam Rotae Lucensis*, Venetiis, Apud Sellas, 1612, dec. 118, p. 288, n. 3).

(141) Si trattava della *gl. in l. Ius publicum ff. de pactis* (D. 2.14.38) dove, a fronte del frammento tratto dal libro II delle *Quaestiones* di Papiniano che si esprimeva senza mezzi termini nel senso che « ius publicum, privatorum pactis mutari non potest », si perveniva, attraverso una serie di distinzioni, ad individuare l'ipotesi in cui « est publicum ius auctoritate, sed privatorum utilitate, in quo tamen renuntiare non potest », asserendosi però che, nonostante il tenore letterale, « tu dic quod potest quis contra pacisci ».

(142) ASMS, *Tribunale Supremo di Giustizia*, b. 429, fasc. 7, *Voto fiscale*, [p. 4].

ad agire nella parte che aveva vinto e che pure si trovava di fronte ad una violazione di forme, mentre nelle sentenze di prima e di seconda istanza non definitive, qualora l'atto non fosse stato perfetto, non si doveva « offendere » il legislatore lasciando sussistere un atto nullo: era giuocoforza allora che l'atto si ritenesse non ancora perfetto fino a quando la parte, nel cui interesse la forma era stata introdotta, non avesse rinunciato all'azione di nullità e nel contempo si doveva riconoscere anche alla controparte il diritto di proporre essa stessa tale azione. La ragione di ciò veniva esplicitata dal Micheli Pellegrini ancora citando dal *tractatus* dell'Aldimari: « Et ratio est, quia actus in huiusmodi casu, non dicitur perfectus, neque consumatus, donec iudicium fuerit diffinitive determinatum, unde mirum, quo re integra, et actu non dum perfecto, liceat partibus discedere et poenitere »⁽¹⁴³⁾.

D'altra parte — osservava il Micheli Pellegrini — anche il legislatore francese, con l'art. 480 cpc⁽¹⁴⁴⁾ si era mosso nel solco della tradizione, riconoscendo un qualche interesse privato nella prescritta forma del parere obbligatorio del pubblico ministero e disponendo pertanto che la « ritrattazione » delle sentenze di ultima istanza per l'omesso parere del pubblico ministero potesse essere invocata solo dalla parte che il legislatore aveva voluto specialmente tutelare. Vi era stata semmai una duplice restrizione rispetto al diritto comune, perché potevano essere impugnate solo le sentenze di ultima istanza, non essendo consentito estendere il disposto del predetto art. 480 a quelle appellabili; ed inoltre, perché l'azione sussisteva soltanto nel caso in cui il pubblico ministero non fosse stato sentito e la sentenza fosse stata contraria agli interessi della parte privilegiata.

⁽¹⁴³⁾ ALDIMARI, *Tractatus de nullitatibus*, I, rubr. 4, qu. 1, p. 92, n. 44.

⁽¹⁴⁴⁾ L'art. 480 cpc per il Regno d'Italia del 1806 (ed. Firenze, presso Molini, Landi, e comp., 1808) prevedeva che « le sentenze inappellabili proferite in contraddittorio tanto dai tribunali di prima istanza, che da quelli di appello, non che le sentenze inappellabili proferite in contumacia, e che non sono più suscettibili di opposizione », potessero « essere impugnate col rimedio del ricorso per ritrattazione della sentenza da quelle persone che o siano state in causa o che vi siano state debitamente chiamate », in dieci specifici casi, tra i quali, al n. 8, figurava quello della omessa « comunicazione al ministero pubblico nei casi in cui è ordinata dalla legge: e se il giudicato è stato pronunziato contro la parte, in favor della quale la comunicazione era prescritta ».

Ma secondo la procedura ripristinata — cioè quella vigente al 1796 —, si doveva pervenire alla conclusione conforme al diritto comune: la nullità delle sentenze infatti « è opponibile da ambe le parti allorquando la sentenza non è definitiva, e la nullità è proposta prima, che la persona privilegiata, in favor della quale fu introdotta la forma, l'abbia ratificata espressamente, abbenché la legge non dichiarò ella stessa, ed in modo assoluto la nullità provocata; essendoché a questo caso si riferisca la facoltà di eccepire la nullità a favore di tutte le parti, ed è applicabile la soprapremessa teoria dell'Altimaro benché proposta per i soli contratti dichiarati espressamente nulli dalla legge » ⁽¹⁴⁵⁾.

Se il ragionamento del Micheli Pellegrini si fosse fermato qui non vi sarebbe stato nulla di particolarmente innovativo: l'equiparazione della norma ducale allo statuto era cosa fin troppo pacifica per meritare di essere sottolineata in questo saggio; e altrettanto si deve dire per le sue considerazioni in merito alle nullità per violazione di forme che, tutto sommato, si rifacevano a consolidate linee interpretative.

L'aspetto più innovativo del parere del giurista carrarese risiede invece nel prosieguo, dove, scartato l'inquadramento della fattispecie nella mera violazione di forme o della lesione del diritto di difesa delle persone privilegiate, egli arrivava ad affermare che « il voto fiscale è un supplemento alla Giurisdizione del giudice », sostenendo in sostanza l'equiparazione di esso al *consilium sapientis iudiciale*.

L'avvocato fiscale aveva il compito, secondo lui, « di dare un voto qual si conviene ad un magistrato imparziale, di dare un voto, in cui si cerchi la verità, di dare un voto, che apra la via al Giudice

⁽¹⁴⁵⁾ ASMS, *Tribunale Supremo di Giustizia*, b. 429, fasc. 7, *Voto fiscale*, [p. 7]. Del resto, una teoria di tal fatta trovava fondamento nelle testuali disposizioni del § *Alio condemnato l. 4 ff. de appellationibus et relationibus* (D. 49.1.4.2): « Alio condemnato, is cuius interest, appellare potest »; riguardo al quale, BARTOLO, *In § Alio condemnato, Commentaria In Secundam Digesti Novi Partem*, Venetiis [Lucantonio Giunti], 1602, fo. 196 va pr., aveva ulteriormente precisato che « Alio condemnato non appellante, vel appellationem non prosequente: alius, cuius interest, poterit appellare, et per appellationem interpositam ab alio prosequi ».

di far la giustizia a quella tra le parti contendenti, per cui la bilancia propende, sia essa la privilegiata, o la non privilegiata »⁽¹⁴⁶⁾.

Ecco allora che la nullità che affliggeva la sentenza priva del voto fiscale era da inquadrarsi in quelle *ex defectu iurisdictionis*, rilevabili in ogni stato e grado del giudizio, anche in caso di disposizioni statutarie che limitassero le eccezioni di nullità, tanta era la loro gravità.

Infatti, quando la sentenza veniva pronunciata non attendendo il voto, doveva considerarsi come resa da un soggetto che giudice non era ed incorreva tecnicamente nell'« attentato »: « La sentenza proferita in tempo di giurisdizione sospesa è sempre nulla, perché manca la base principale del giudizio, cioè la persona del Giudice [...] e l'atto sa di attentato, ed è sottoposto ad insanabile nullità »⁽¹⁴⁷⁾.

Le conclusioni del Micheli Pellegrini trovavano il loro fondamento in argomentazioni che avevano interessato diffusamente la *scientia iuris* dei secoli precedenti: le autorità da lui citate erano relativamente recenti, essendo costituite dal Vanzi, dal suo emulo Aldimari e dal Savelli, ma, proprio per questo, consentivano, con le loro allegazioni, di aprire una finestra sui commentatori, fino a pervenire *in regressum* alle prime elaborazioni del diritto processuale di glossatori e postaccursiani in merito al rapporto tra *consilium sapientis iudiciale* e sentenza.

Nel repertorio del Toschi viene compendiata questa riflessione dei Dottori sulla « natura formale » dello statuto che avesse prescritto il ricorso del giudice al *consilium sapientis*⁽¹⁴⁸⁾: vi si legge che da tale natura discendeva, secondo un'opinione divenuta co-

⁽¹⁴⁶⁾ ASMS, *Tribunale Supremo di Giustizia*, b. 429, fasc. 7, *Voto fiscale*, [p. 8]. Questo profilo del pubblico ministero come consulente del giudice, chiamato in causa con la sola veste di concludente, e dunque non come parte in senso tecnico nel processo, è comune a molte legislazioni preunitarie passate in rassegna da M. VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo*, I, *Profilo storico*, Bologna, Nicola Zanichelli Editore, 1965, pp. 375-392; in particolare per la vicina Modena, pp. 381-383.

⁽¹⁴⁷⁾ ASMS, *Tribunale Supremo di Giustizia*, b. 429, fasc. 7, *Voto fiscale*, [pp. 9-10].

⁽¹⁴⁸⁾ D. TOSCHI, *Practicae conclusiones iuris in omni Foro frequentiores*, VII, Romae, Ex Typographia Iacobi Mascardi, 1607, lett. S, concl. 490, pp. 516-517: « Statu-

mune già nel Quattrocento, la nullità della sentenza resa senza tale consiglio, e che si riteneva parimenti opinione comune che uno statuto di tal genere, il quale avesse imposto al giudice di seguire il consiglio del savio, dovesse essere ritenuto valido.

Queste regole si ponevano come risultato di un lungo lavoro dottrinale su alcuni passi del Digesto.

In uno di questi — la l. I § *Si plures* ff. *De exercitoria actione* (D. 14.1.1.13) —, si trovava un testo che apparentemente nulla aveva a che vedere con la questione in esame: « *Si plures sint magistri non divisis officiis quodcumque cum uno gestum erit, obligabit exercitorem. Si divisis: ut alter locando, alter exigendo: pro cuiusque officio obligabitur exercitor. Sed et si sic praeposuit (ut plerique faciunt) ne alter sine altero quid gerat: qui contraxit cum uno, sibi imputabit* ».

Il frammento, pur avendo riguardo a fattispecie commerciali, era stato fatto oggetto, come sovente avveniva, di elaborazione creativa di nuovo diritto in tutt'altra materia: Bartolo da Sassoferrato prendeva così spunto proprio da esso per trattare del *consilium* e del suo rapporto con la sentenza. Dopo aver fatto l'esegesi del testo ed analizzato altre questioni, Bartolo si domandava: « *dicit statutum, quod iudex ferat sententia cum consilio sapientis iudex tulit sententiam sine illo, an valeat sententia?* »⁽¹⁴⁹⁾.

Rispondendo che a tutta prima sarebbe sembrato di sì, perché avrebbe potuto trattarsi di lieve omissione, in quanto il consiglio era stato assunto non *ex necessitate*; tuttavia, in modo reciso, il giurista marchigiano di séguito affermava: « *Contrarium credo. Cum enim iudex habeat potestatem a lege municipali civitatis, et lex illa civitatis dicat consilium debere requiri de necessitate ut dictum est: alias actus non valet, non obstante contrarium* »⁽¹⁵⁰⁾.

E precisava che non poteva trattarsi di lieve omissione proprio per il fatto che l'assunzione del *consilium* avrebbe potuto « *trahere*

tum quod iudex sequi debeat consilium sapientis formale, et annullat sententiam, et quando secus ».

⁽¹⁴⁹⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In § Si plures* l. 1 ff. *De exercitoria actione* (D. 14.1.1.13), *In secundam Digesti Veteris partem commentaria*, Augustae Taurinorum, Apud Nicolaum Bevilaquam, 1574, fo. 94 va, n. 12.

⁽¹⁵⁰⁾ BARTOLO, *Ibidem*.

iudicem in contrariam sententiam » e pertanto l'omissione avrebbe potuto determinare una mutazione della « facti substantia »⁽¹⁵¹⁾.

Le addizioni al Commento bartoliano si segnalano per aver ulteriormente indagato il rapporto *consilium-statutum*, con precisazioni di carattere pratico e teorico.

Se il quasi sconosciuto Andrea de Pomate notava sinteticamente che quand'anche lo statuto avesse considerato valida la sentenza senza l'assunzione del consiglio, in virtù di quanto asserito da Bartolo essa si sarebbe dovuta considerare nulla a prescindere dal *vigor statuti*⁽¹⁵²⁾, un'addizione attribuita ad Alessandro Tartagni si intratteneva a lungo sul tema di nostro interesse, dichiarando che la sentenza priva del prescritto *consilium* è *ipso iure* nulla, soprattutto (ma non soltanto) laddove fosse lo Statuto a dichiararlo, asserendo l'autore dell'*additio* di aver visto egli stesso annullare « *quandam sententiam latam non expectato consilio sapientis, postquam fuerat missus processus et maxime, quia statutum erat in civitate illa, quod non valeret sententia nisi ferretur secundum consilium sapientis. Nam dicebatur, sententiam ipso iure nullam esse, non expectato consilio sapientis: etiam si expresse statutum non annullaret, ex quo etiam de iuri communi est provisum, quod debet expectari consilium, postquam processus missus fuit per notam per Bartolum* »⁽¹⁵³⁾.

Inoltre, il rispetto della disposizione statutaria che prescriveva il parere del savio era una formalità che non poteva darsi mai per presunta, e la giustificazione dell'efficacia di una simile disposizione veniva rivenuta dal Tartagni nella *voluntas populi*; come alle parti è

⁽¹⁵¹⁾ BARTOLO, *Ibidem*, n. 13.

⁽¹⁵²⁾ ANDREA DE POMATE, *Additio « Dicit statutum »* a BARTOLO, *In § Si plures*, n. 11 (nell'ed. cit. alle note precedenti fo. 94 vb): « Et si aliud statutum diceret, quod sententia iudicis aliqua de causa non posset dici nulla: nam hoc non obstante, vigore statuti, de quo hic per Bartolum poterit dici nulla ».

⁽¹⁵³⁾ [ALESSANDRO TARTAGNI], *Additio « Cum consilio sapientis »* a BARTOLO, *In § Si plures*, n. 12 (nell'ed. cit., fo. 94 vb). Ho parlato di « attribuzione » perché a differenza dell'*additio* di Andrea de Pomate, né nell'edizione consultata, né nelle giuntine Venetiis 1575 e 1602, né in quella Basileae 1562, c'è alcuna sigla che rimandi esplicitamente al Tartagni, ma il VANZI, *Tractatus de nullitatibus*, tit. *De nullitate ex defectu iurisdictionis*, fo. 392, n. 152, lo indica come l'autore (in ciò seguito, fra gli altri, dall'ALDIMARI, *Tractatus de nullitatibus*, I, rubr. 9, qu. 46, p. 391, n. 49).

lecito richiedere consensualmente che la decisione della loro controversia sia risolta sulla base del consiglio di un terzo, così a maggior ragione deve valere una disposizione statutaria che rimetta al *sapiens* la decisione della lite: « Nam sicut valet conventio partium, quod iudex teneatur iudicare secundum conscientiam talis d.l. si convenerit. cum ibi no. Ita oportet valere statutum, quia quod fieri potest per pactum, potest per statutum tanto fortius, ut notat gl. in l. neque ex praetorio et in l. neque pignus § privatorum ff. de regulis iuris et in rub. C. De decre. decur. [C. 10.47 — Vulg. 10.46] et in l. ii quae sit longa consuetudo [C. 8.52.2 — Vulg. 8.53.2] et ibi Baldus »⁽¹⁵⁴⁾.

L'*additio* a questo proposito si spinge indietro fino al dugentesco *Speculum iuris* di Guglielmo Durante, richiamando le successive elaborazioni dei più autorevoli canonisti, primo fra tutti Giovanni d'Andrea, per avallare la soluzione prospettata. E mentre il Durante sembrava aver dubitato della legittimità che le parti potessero rimettere ad un terzo la decisione della controversia, per quanto esistesse in Italia una consuetudine in tal senso che egli riprovava sull'autorità della decretale *Ad nostram X. De consuetudine* (X. 1.4.3)⁽¹⁵⁵⁾, già nelle note trecentesche di Giovanni d'Andrea allo *Speculum* si trovava scritto che « Si autem statutum haberet quod

⁽¹⁵⁴⁾ [ALESSANDRO TARTAGNI], *Additio « Cum consilio sapientis »*, *Ibidem*. Le allegazioni esplicitano un ragionamento molto sottile: se nella *l. Si convenerit* (D. 42.1.26) si riconosceva alle parti la libertà di obbligare il giudice ad attenersi a certe modalità nella pronuncia della sentenza, questo potere doveva essere ancor più ampio laddove si trattasse non di singoli privati, ma di *universitates*; e così la *gl. in l. Nec ex praetorio* ff. *De diversis regulis iuris antiqui* (D. 50.17.27 [Vulg. 28]) poteva parlare di inderogabilità del diritto penale da parte dei privati, precisando che « privatorum dico duorum vel trium, secus si universitas aliqua statuat aliquid contra ius publicum: quia quantum ad eam villam, vel civitatem valet » e analogamente si pronunciava la *gl. privatorum in l. Neque pignus* ff. *De diversis regulis iuris* (D. 50.17.45 [Vulg. 46]), richiamandosi all'autorità di Azone per il riconoscimento della validità di una statuizione *contra ius publicum* sempre da parte di un'*universitas*. Sulla rilevanza della consuetudine *contra legem*, mi limito a rinviare a F. CALASSO, *Il concetto di diritto comune*, in ID., *Introduzione al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1970 (rist. inalt. dell'edizione 1951), pp. 61-73.

⁽¹⁵⁵⁾ GUILLAUME DURAND, *Speculum*, II, Lugduni, Excudebat Thomas Bertellus, 1547, pars II, *De requisitione consilii*, fo. 159 ra, n. 1.

In questa decretale di Innocenzo III, si afferma il principio che nelle cause ecclesiastiche non può concedersi che sia il popolo a fare la sentenza: una consuetudine che

omnes sententiae ferrentur de consilio sapientum [*sic!*], certum est consultorem assumi debere. Alias sententia non valeret »⁽¹⁵⁶⁾.

Un principio che veniva ribadito dallo stesso autore, commentando la decretale *Si pro debilitate* di Alessandro III (X. 1.29.3), allorché esaminava il problema — che in questa sede può essere tralasciato — della sentenza resa dal giudice in difformità del consiglio ricevuto⁽¹⁵⁷⁾.

Oltre che sul § *Si plures*, l'*interpretatio* dei Dottori si era appuntata su un altro frammento delle Pandette, in tema di tutela, la l. *Titium et Maevium* ff. *De administratione et periculo tutorum* (D. 26.7.47 [Vulg. 48]), che ben si prestava a cavar la *ratio*, seppure in tutt'altra materia (quella processuale, appunto) della obbligatorietà dell'assunzione del *consilium*, quando esso fosse richiesto dalla legge. Nella prima parte di questo passo Scevola aveva insegnato: « Titium et Maevium tutores quis dedit, et ita cavit: Volo et rogo omnia fieri cum Maevii fratris mei consilio: et quod sine eo fiet, irritum sit. Titius solus a debitoribus exegit: an liberati essent, quae-

avesse un tale contenuto sarebbe « nullius momenti », giacché contrasterebbe con i « canonica instituta », e la sentenza resa in conformità a siffatta consuetudine, in quanto « lata a non suo iudice, non tenet », come precisa il *casus* di riferimento. Questo ricorda anche che la « consuetudo contra canones introducta et non rationabilis non valet », a differenza (dovremmo dire) di quanto avviene nel diritto civile. A ben vedere però, già la *gl. quaeritur* precisa che la decretale non intende proibire il ricorso ai pareri dei sapienti, o anche di illetterati allorché siano esperti delle cause: essa intende proibire soltanto « quod eorum responsum pro sententia teneatur, cum alias sententia a non suo iudice lata sit nulla ».

⁽¹⁵⁶⁾ [GIOVANNI D'ANDREA], *Gl. Consilium*, a G. DURAND, *Speculum*, in loc. cit., fo. 159 ra.

⁽¹⁵⁷⁾ GIOVANNI D'ANDREA, *In c. Si pro debilitate X. De officio et potestate iudicis delegati* (X. 1.29.3), *In Primum Decretalium librum Novella Commentaria*, Venetiis, Apud Franciscum Franciscium, 1581 (rist. an. Torino, Bottega d'Erasmus, 1963), fo. 200 va, aveva asserito che il giudice delegato doveva richiedere ed attendere il consiglio, che altrimenti la sentenza sarebbe stata nulla; ma, una volta ricevuto, « tenet sententia, quamvis contra consilium lata, licet aliqui contradicant ». Con la decretale in questione per la verità, il papa Alessandro III aveva riconosciuto ad un vescovo, in caso di grave impedimento, nelle cause dalla Sede apostolica a lui delegate, il potere di delegare a sua volta il giudizio a persone idonee che decidessero in sua vece, tranne nei casi più gravi che dovevano rimanere a lui, ponendo a carico delle persone suddette il dovere consigliarlo. Da essa però, come al solito, partiva l'*interpretatio* per raggiungere altre mète e quindi trattare del *consilium* in generale.

ritur? Respondi, si et administrationem Maevio dedisset, non recte solutum ».

Si era trattato, come ognuno vede, dell'interpretazione di una nomina a tutore e dei poteri ad essa conseguenti in capo a ciascun tutore, ma Bartolo spostava l'attenzione sul piano processuale e commentando la legge notava la *eadem ratio* con la disposizione statutaria che prescriveva il *consilium sapientis* e concludeva che « Et eadem ratione dico, quod si data esset alicui potestas a lege, et a lege adijciatur, quod faciat cum consilio alterius, et illud debet de necessitate requiri ⁽¹⁵⁸⁾ », rinviando proprio al § *Si plures testé* esaminato.

D'altra parte occorre notare che il ragionamento valeva solo se il *consilium* era richiesto *ex necessitate* e non per maggiore soddisfazione e tranquillità del giudice, o meno che mai, per meri intenti dilatorî di una delle parti.

Se queste erano state le elaborazioni dottrinali in sede scientifica, anche la giurisprudenza consulente si era già dal Quattrocento posta sulla scia della dottrina.

Nel *consilium* 59 Lib. IV, lo stesso Alessandro Tartagni, che abbiamo sopra ricordato, si esprimeva in termini analoghi all'*additio* attribuitagli, ritenendo che la sentenza « lata non habito, nec expectato consilio sapientis » fosse nulla, in considerazione che nel caso di specie lo statuto comminava la nullità, ma tosto precisando che « idem esset si statutum expresse non annullaret », sulla scorta dell'insegnamento bartoliano e di quello di derivazione canonistica sopra riportato. Anzi, riguardo a quest'ultimo, pur ricordando l'*opinio singularis* dello *Speculator* che aveva ritenuto di riprovare la « consuetudo arctans iudicem ad requirendum consilium sapientis », asseriva che ormai « tamen communiter tenetur contrarium », proprio perché, come era valida la convenzione delle parti volta a demandare al savio la decisione della controversia, tanto più doveva

(158) BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In l. Titium ff. de administratione et periculo tutorum* (D. 26.7.47 [Vulg. 48]), *Commentaria In Primam Infortiati Partem*, III, Venetiis, [Lucantonio Giunti], 1602, fo. 56 vb, n. 3.

valere quanto disposto dallo statuto: « nam quod fieri per pactum, tanto fortius et per statutum »⁽¹⁵⁹⁾.

Anche Raffaele Fulgosio si era interessato succintamente del problema, affermando la nullità della sentenza sia resa dal giudice difformemente al *consilium*, qualora così disponga lo statuto, sia nel caso in cui esso giudice non avesse assunto il consiglio prescritto « Cuius rei gratia sciendum est, quod ab l. municipali cogitur iudex in proferendis sententiis consilium sapientis exquirere et id sequi. si non exquisito consilio petito sententiam tulerit, ea sententia nulla est (...) et ea potissimum ratione, vel quia legis forma servata non sit (...) aut quia contra legis praeceptum factum sit »⁽¹⁶⁰⁾.

Nel Cinquecento un altro rinomato consulente, il reggiano Carlo Ruini, prospettava in termini analoghi la questione, insistendo sulla natura di attentato — sulla quale ci soffermeremo tra un momento — dell'atto posto in essere dal giudice, pendente il consiglio del savio.

Il Ruini sosteneva che la sospensione dell'istanza (ma sarebbe forse meglio dire del termine per la presentazione della stessa) si doveva avere anche prima della dichiarazione del giudice di rimettere la causa al savio, purché dopo la richiesta del consiglio fatta da una delle parti, quando il giudice è obbligato *ex forma statuti vel rescripti* a richiedere il consiglio « tunc dicatur declaratum per legem, vel superiorem, quod committatur causa consulenda: et huiusmodi legis vel superioris declaratio non minus, immo plus debet operari quam praedicta iudicis declaratio, qui non poterat compelli ad requirendum sapientis consilium: quia potentior est virtus legis mortuae vel vivae, quam sententia: quia a sententia iniqua potest appellari, sed non ob iniquitate [*sic!*] legis »⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁵⁹⁾ ALESSANDRO TARTAGNI, *Consilia seu Responsa*, Venetiis, apud Felicem Valgrisium, 1590, Lib. 4, Cons. 59 *Viso titulo*, fo. 53 va, nn. 2-4.

⁽¹⁶⁰⁾ RAFFAELE FULGOSIO, *Consilia*, in *Consilia, sive Responsa acutissimorum Iuris Interpretum, Raphaelis Cumani, nempe et Fulgosii*, Venetiis, apud Gasparem Bindonum, 1575(6), Cons. 139 *Praesuppositis duobus*, fo. 198 vb, n. 2.

⁽¹⁶¹⁾ CARLO RUINI, *Responsa, sive consilia*, V, Venetiis, Apud Nicolaum Bevilacqua, et socios, 1571, Lib. 5, Cons. 77 *Ad ea quae proponuntur*, fo. 99 rb, n. 1; concetto ribadito, quasi con le stesse parole anche in Lib. 4, Cons. 172 *Circa primum* (identici dati editoriali, IV, fo. 199 ra, nn. 8-9): « Illud ergo quod operatur pronuncia-

Pure i giuristi più attenti alle problematiche statutarie avevano avuto modo di pronunciarsi ovviamente sul rapporto sentenza-*consilium*, accedendo senza riserve alla *communis opinio* dottrinale.

Così, se ancora nel Cinquecento Giovanni Battista Asinio poneva, fra le diverse limitazioni alla regola che il giudice *regulariter* non è tenuto a seguire il *consilium*, quella secondo la quale sia lo statuto stesso a disporre espressamente che egli giudichi « de consilio sapientis vel iuxta aut secundum consilium », ritenendo che in tal caso la regola predetta non dovesse tenersi in nessun conto ⁽¹⁶²⁾, alle soglie del Seicento Alderano Mascardi si limitava ad affermare la regola che quando si pone in essere un atto o un contratto proibito dallo Statuto, esso è da ritenersi nullo, anche se nelle disposizioni statutarie non è prevista una comminatoria espressa di nullità ⁽¹⁶³⁾; mentre il siciliano Mauro Burgio, prima, e l'umbro Seba-

tio de referendo, operari etiam debet necessitas committendi causam consulendum, imposita iudici per statutum, vel per rescriptum, postquam per partem est petitum: quia non minus debet operari talis declaratio legis, vel superioris, quam iudicis: quando ante dictam declarationem non tenebatur causam committere ad sapientis consilium. Et sic isto casu, sicut primo debet iudicis officium conquiescere: quia fortior est virtus legis mortuae, vel vivae, quam sententiae: quia ab iniquitate legis generalis non appellatur, sicut appellatur ab iniqua sententia ».

⁽¹⁶²⁾ G.B. ASINIO, *Ad statutum Florentinum De Modo procedendi in civilibus, Interpretatio*, Florentiae, Apud Carolum Pectinarium, 1571, § 25, cap. 10, lim. 3, p. 341. Sulla terminologia « de » o « cum consilio », o « secundum consilium », si soffermava per evidenziarne la sostanziale equivalenza di significati anche PACE SCALA, *De consilio sapientis in forensibus causis adhibendo*, in « Tractatus universi iuris », III, pars 1, Venetiis 1584, L. 1, cap. 27, fo. 337 ra-rb. Questa problematica è stata ricostruita da G. ROSSI, *Consilium sapientis iudiciale*, pp. 219-224. Essenziali ragguagli bio-bibliografici sullo Scala († 1604) e sull'Asinio († 1585), rispettivamente in G. VEDOVA, *Biografia degli scrittori Padovani*, II, Padova, tip. della Minerva, 1836 (rist. an. Bologna, Forni, 1967), pp. 239-240 e G. NEGRI, *Istoria degli scrittori Fiorentini*, Ferrara, Per Bernardino Pomatelli Stampatore Vescovale, 1722 (rist. an. Bologna, Forni, 1973), p. 240. Sull'Asinio vedi anche F. LIOTTA, *v. Asini (degli Asini, Asinio), Giovanni Battista*, in « Dizionario biografico degli italiani », IV, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1962, pp. 397-398.

⁽¹⁶³⁾ A. MASCARDI, *Communes Iuris Utriusque Conclusiones ad generalem quorumcumque Statutorum interpretationem accomodatae*, Ferrariae, apud Victorium Baldinum Typographum Cameralem, 1608, conc. 9 *Actus factus contra dispositionem statuti*, an, et quando dicatur nullus, p. 345, n. 1: « Statutum, prohibens fieri actum, vel contractum licet non procedat ultra annullando, tamen actus, et contractus est nullus, si

stiano Guazzini, poi, davano testimonianza della riflessione sul rapporto sentenza-*consilium* anche nell'ambito del processo penale. Il primo infatti notava che, nel caso del potere di procedere *ex abrupto* contro dei delinquenti, delegato « cum voto et consilio eius iudicis, vel assessoris », il delegato avrebbe dovuto « stare illius voto » e asseriva che una disposizione di tale genere, sulla scorta del Toschi, dovesse considerarsi « formale »⁽¹⁶⁴⁾; mentre il secondo, ponendosi sulla stessa onda, affermava che « si fuerit commissa causa cum voto alicuius commissarius tenetur omnino stare illius voto », e soprattutto « si talis iudex, vel Assessor sit creatus ab eodem Principe, quia tunc dicitur necessarius Iudex, vel assessor [...] debet iste commissarius omnia acta processus facere cum voto et consilio illius, alias dicitur processus nullus », anche se collocava questa nullità tra quelle « ex defectu formae traditae, et non servatae », quindi meno gravi di quelle per difetto assoluto di giurisdizione⁽¹⁶⁵⁾.

Merita infine riportare la sintetica, ma equilibrata, valutazione del rapporto che si trova nel *Tractatus de sententia et re iudicata* di Sigismondo Scaccia, che vide la luce a Roma nel 1628⁽¹⁶⁶⁾.

Il giurista romano, dopo aver enunciato la regola che quando si è in presenza di giudice che è giurisperito non è necessaria l'assunzione del *consilium*, il quale in questo frangente attiene alla persua-

factus erit, tanquam factus contra legem ». Su questo giurista ed ecclesiastico della famiglia sarzanese dei Mascardi, cfr. E. GERINI, *Memorie d'illustri scrittori e di uomini insigni dell'antica e moderna Lunigiana*, I, Massa, per Luigi Frediani tipografo ducale, 1829 (rist. an. Bologna, Forni, 1967), pp. 107-109.

⁽¹⁶⁴⁾ M. BURGIO, *Methodus criminalis de modo procedendi ex abrupto*, *Centuria prima*, Panormi, apud Petrum Coppola, 1646, qu. 81, p. 230, n. 1. Brevi informazioni bio-bibliografiche su questo giurista catanese, morto nel 1616, in A. MONGITORE, *Bibliotheca sicula sive de scriptoribus siculis*, II, Panormi, Ex Typographia Angeli Felicella, 1714 (rist. an. Bologna, Forni, 1971), p. 62.

⁽¹⁶⁵⁾ S. GUAZZINI, *Tractatus ad defensam inquisitorum, carceratorum, reorum, et condemnatorum super quocunque crimine*, I, Venetiis, apud Nicolaum Pezzana, 1671, defensio 13, cap. 3, p. 247, n. 6. Su questo « pratico » di Città di Castello, appena un cenno in L. IACOBILLI, *Bibliotheca Umbriae sive scriptoribus Provinciae Umbriae*, I, Fulginiae, Apud Augustinum Alterium, 1658 (rist. an. Bologna, Forni, 1973), p. 245.

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr. R. DE LAURENTIIS, *Sigismondo Scaccia (1564?-1634) fra pratica e teoria giuridica agli inizi dell'età moderna*, in « Rivista di storia del diritto italiano », LXIV, 1991, pp. 284-285.

sione piuttosto che alla necessità, cosicché la scelta è rimessa all'*arbitrium iudicantis*, prospettava una *restrictio* per il caso in cui « statutum, constitutio localis, seu rescriptum Principis mandaret iudici, ut procederet in causa cum consilio sapientis », osservando che in questa circostanza la regola non trovava applicazione « quia tunc iudex debet servare praeceptum, et formam sibi traditam; alias quod faceret contra illam formam, esset ipso iure nullum », sull'autorità dei soliti Bartolo e Tartagni, nei luoghi sopra presi in esame ⁽¹⁶⁷⁾.

Dicevo poc'anzi che l'atto processuale compiuto *pendente consilio* era stato classificato come « attentato » ⁽¹⁶⁸⁾ e il Micheli Pellegrini si riportava proprio a questa tradizione interpretativa. Anch'essa trovava le sue radici nel pensiero di Bartolo da Sassoferrato, che a più riprese aveva notato come il processo, dal momento della richiesta del *consilium* si trovasse in uno stato di quiescenza, cosicché al giudice era interdetta ogni ulteriore attività processuale, quantomeno fino allo scadere del termine assegnato al savio per la consegna del proprio parere.

In questa parte del pensiero bartoliano poteva a prima vista ravvisarsi addirittura una contraddizione con quanto asserito in punto del rapporto sentenza-*consilium* ⁽¹⁶⁹⁾, perché il maestro marchigiano incidentalmente aveva asserito che la sentenza resa prima di ricevere il *consilium* era valida anche se poteva « per appellationem rescindi » ⁽¹⁷⁰⁾, del resto rimanendo aderente alla lettera della

⁽¹⁶⁷⁾ S. SCACCIA, *Tractatus de sententia et re iudicata*, Venetiis, apud Paulum Baleonium [sic!], 1669, glossa 13, p. 233, n. 41.

⁽¹⁶⁸⁾ Una definizione chiara del significato del verbo « attentare », dal quale il sostantivo « attentato », in G. MANFREDI, *Practicarum conclusionum super attentatis appellatione pendente Liber Secundus*, in « Tractatus universi iuris », V, Venetiis, 1584, conc. 1, fo. 247 rb: « Attentare late capiendo, est ad aliquem actum procedere ... stricte autem, et in specie, Attentare est facere quod prohibemur medio tempore appellatione pendente ab interlocutoria, et a definitiva ». Sulla vita e le opere di questo giurista († 1598), discepolo di Agostino Berò, cfr. G. FANTUZZI, *Notizie degli scrittori bolognesi*, V, Bologna, nella Stamperia [sic!] di San Tommaso d'Aquino, 1786 (rist. an. Bologna, Forni, 1965), pp. 198-200.

⁽¹⁶⁹⁾ La vede così per esempio il VANZI, *Tractatus de nullitatibus*, tit. *De nullitate ex defectu iurisdictionis*, fo. 391 vb, n. 145.

⁽¹⁷⁰⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In l. Si quis C. de relationibus* (C. 7.61.1), *Com-*

costituzione costantiniana commentata, la quale prevedeva il rimedio dell'appello per il giudice che, una volta rimessi gli atti al principe per risolverla in punto di diritto, avesse giudicato non attendendo i deliberati di quello (C. 7.61.1) ⁽¹⁷¹⁾. Ma ancora l'attento Tartagni dell'*additio* corrispondente aveva già messo in guardia il lettore che tale affermazione, in virtù proprio del § *Si plures* doveva esser limitata al caso in cui lo statuto non avesse detto che il giudice deve seguire il consiglio ⁽¹⁷²⁾. D'altronde lo stesso Bartolo, proprio in tema di attentato (D. 49.7.1), si era chiesto se gli atti posti in essere *interim* valessero ed aveva risposto che « si commissio fiat de necessitate, interim nihil debet fieri, sed si fiat, valet sed revocatur per appellationem, ut C. de rela. l. 1 [C. 7.61.1] sed si fiet voluntate, secus puto quia cum iudex non teneatur stare consilio, ergo nec expectare tenetur, committitur tamen quandoque de necessitate, ex forma statutorum » ⁽¹⁷³⁾.

L'appello dunque era da intendersi come rimedio per una sentenza che si poneva nulla *ab origine* proprio per il mancato rispetto delle forme *ad substantiam*.

Quanto alla natura d'attentato degli atti posti in essere, la dottrina successiva aveva avuto modo di chiarire che tali atti erano stati adottati in un momento in cui la giurisdizione era sospesa, quando lo « officium iudicis conquiescat » ⁽¹⁷⁴⁾ e dunque erano da conside-

mentaria In Secundam atque Tertiam Codicis Partem, Venetiis, [Lucantonio Giunti], 1602, fo. 79 ra, n. 2.

⁽¹⁷¹⁾ C. 7.61.1: « (Imp. Constantinus A. Profuturo P. Annonae) Si quis iudicum duxerit esse referendum, nihil inter partes pronunciet: sed magis super quo haesitandum putaverit, nostram consulat scientiam: aut si tulerit sententiam, minime postea, ne a se provocetur, relatione praemissa terreat litigantes: sciens quod si hoc fecerit, nihil minus iure appellationis res agitabitur ».

⁽¹⁷²⁾ ALESSANDRO TARTAGNI, *Additio « Positam » a BARTOLO*, In l. *Si quis C. de relationibus*, n. 1 (nell'edizione testé citata, fo. 79 ra).

⁽¹⁷³⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, In l. *Appellatione ff. Nihil novari appellatione interposita* (D. 49.7.1), *Commentaria In Secundam Digesti Novi Partem*, Venetiis, [Lucantonio Giunti], 1602, fo. 207 rb, n. 8.

⁽¹⁷⁴⁾ ROBERTO LANCELLOTTI, *Tractatus de attentatis et innovatis*, in « Tractatus universi iuris », V, Venetiis 1584, pars 2, cap. 9 *De attentato Consilio Sapientis pendente*, fo. 342 vb, n. 4. Anche il VANZI, *Tractatus de nullitatibus*, tit. *De nullitate ex defectu iurisdictionis*, fo. 391 va-vb, n. 145, si pronuncia negli stessi termini e ricordato che « ap-

rarsi nulli non solo in forza dello statuto ma per diritto comune⁽¹⁷⁵⁾. E naturalmente ritornava presso questi autori, quasi con insistenza vista la gravità del vizio, la precisazione che il pratico Savelli lucidamente riportava ancora nel Secento e cioè che l'attentato si verificava allorché la sentenza fosse resa non aspettato il consiglio del savio che dovesse essere necessariamente assunto; si doveva trattare in altri termini « non de consilio pro maiori iudicis satisfactione, sed de eo quod vigore statuti, vel commissionis est pro forma adhibendum, nisi calumniose, et ad differendum peteretur in re omnino clara, et indubitata »⁽¹⁷⁶⁾.

Se questo era il retroterra dottrinale del quale il Micheli Pellegrini si avvaleva per le sue conclusioni, occorre dire che egli lo utilizzava per via mediata, citando a piene mani, come già si è detto più sopra, soprattutto dai trattati del Vanzi e dell'Aldimari, talvolta dalla *Summa* del Savelli, i quali costituiscono le sue dirette autorità di riferimento, che lo ancorano saldamente alla tradizione del diritto comune.

Così, dopo aver posto l'equiparazione tra *consilium sapientis iudiciale* e voto dell'Ufficio fiscale ed aver rilevato la nullità *ex defectu iurisdictionis* della sentenza resa dal giudice senz'aver aspettato il parere, il giurista di Carrara si rifaceva all'Aldimari per dar

pellatio et consultatio pari passu ambulat », afferma che « ideo consultatione pendente ad instar appellationis nihil erit innovandum...Etsi ea pendente sententia proferretur, esset ipso iure nulla; quia tunc officium iudicis conquiescit et iurisdictionis sua videtur suspensa ». Su Roberto Lancellotti († 1585 ca.), fratello del più celebre Giovan Paolo, qualche indicazione in L. IACOBILLI, *Bibliotheca Umbriae sive scriptoribus Provinciae Umbriae*, I, p. 242 e G.B. VERMIGLIOLI, *Biografia degli scrittori perugini e notizie delle opere loro*, II, Perugia, Presso Vincenzo Bartelli e Giovanni Costantini, 1829 (rist. an. Bologna, Forni, 1973), p. 51.

⁽¹⁷⁵⁾ PACE GIORDANI, *Elucubrationes diversae, quibus pleraque ad Episcopi munus, quocumque modo spectantia, nova, facili, brevique methodo, ex utroque Iure derompta, diligenter explicantur*, III, *De re iudiciali*, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1693, Lib. 14, tit. 14, § *Pendente requisitione consilii nihil innovandum*, p. 194, n. 157. Morto prima del 1650, Pace Giordani era stato vescovo di Traù (Tragur) in Dalmazia, consacrato nel 1623 dal Cardinale Marco Antonio Gozadini (cfr. P. GAUCHAT, *Hierachia catholica medii et recentioris aevii*, IV, *Monasterii, sumptibus et typis Libreriae Regensbergianae*, 1935, p. 341).

⁽¹⁷⁶⁾ M.A. SAVELLI, *Summa diversorum tractatumum*, I, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1707, § *Consilium XLI*, p. 323, n. 7.

conto dell'itinerario interpretativo che abbiamo or ora ricostruito; il passo gli meritava di essere riportato per esteso: « Ubi vero vigeret aliqua localis constitutio, seu statutum de procedendo (*sic!* ma probabilmente <de non procedendo> e così lo legge il Micheli Pellegrini, riportando questo passo nel voto [p. 10]) absque consilio Sapientis, seu Assessoris, vel coauditorum [...]. Aut quod in qualibet causa seu articulo praeiudiciali Iudex tenetur consilium sapientis requirere, vel similia, cum isto casu Iudex a statuto, seu constitutionibus huiusmodi potestatem recipiat, sententia si non fuerit eorundem statutorum, seu constitutionum forma servata, et adimpleta valere non debet [...], dum lex vult quod requiratur consilium, et postea subdat, quod si aliter factum sit, non valeat »⁽¹⁷⁷⁾.

Tutto questo infatti era stato asserito dal giureconsulto napoletano sulla base *in primis* di Bartolo e Alessandro Tartagni e poi di altri autori quali il Pontano, il Sozzini e lo Scaccia, peraltro ricopiando pedissequamente, con lievissime modifiche e l'aggiunta di qualche ulteriore *auctoritas*, quanto scritto dal Vanzi⁽¹⁷⁸⁾.

Sempre sull'autorità dell'Aldimari, il Micheli Pellegrini poteva affermare il « principio che la mancanza di giurisdizione non abbisogna di espressa dichiarazione di nullità dell'atto emanato da colui, che la giurisdizione non aveva. Quindi è che la mancanza del giudizio del savio rende nulla ipso iure la sentenza »⁽¹⁷⁹⁾.

E ne individuava la ragione proprio nel fatto che l'assoluta mancanza del giudice rende insanabilmente nulli tutti gli atti compiuti. Comunque l'obbligo di assumere il *consilium*, essendo classificabile come forma indotta dallo statuto, doveva essere osservato a

⁽¹⁷⁷⁾ B. ALDIMARI, *Tractatus de nullitatibus sententiarum*, I, rubr. 9, qu. 46, p. 391, n. 48.

⁽¹⁷⁸⁾ Ecco il testo del VANZI, *De nullitatibus*, tit. *De nullitate ex defectu iurisdictionis*, fo. 392 ra, n. 152: « Si igitur in loco iudicii vigeret aliqua localis constitutio, sive statutum de non procedendo absque consilio sapientis, vel quod causae omnes terminari deberent ad consilium sapientis, seu de voto assessoris vel coauditorum, aut quod in qualibet causa, seu articulo praeiudiciali Iudex teneretur consilium sapientis requirere, vel similia, cum isto casu iudex e statuto seu constitutionibus huiusmodi potestatem recipiat, sententia, si non fuerit eorundem statutorum, seu constitutionum forma servata et adimpleta, valere non debet... quod requiratur consilium, postea subdit, quod si alter factum sit non valeat ».

⁽¹⁷⁹⁾ ASMS, *Tribunale Supremo di Giustizia*, b. 429, fasc. 7, *Voto fiscale*, [p. 11].

pena di nullità in forza dei principî generali, secondo quanto egli trovava scritto nel *Tractatus de nullitatibus processuum, ac sententiarum* del predetto Vanzi, che si era richiamato — guarda caso — alla riflessione canonistica cui si è accennato sopra: « Et quoniam in qualibet specie causarum sive summariae, sive plenariae [*sic!*] ultra communis iuris dispositionem, in plerisque locis vigore statutorum aut consuetudinis localis, certus modus ad solennitatis [*sic!*] in procedendo adhiberi consuevit. Propterea diligenter ad id erit advertendum: quoniam quicquid statuenti vel principi quod observetur, et sit ordo placuit, censetur ordo substantialis: cum talia nisi aliquo ministerio, et rationabili causa induci non consueverunt: idcirco si modus ille, et ordo non servaretur: processus esset nullus » (180).

Il ragionamento doveva valere, secondo il Micheli Pellegrini, a prescindere dal fatto che il giudice fosse stato o no un esperto di diritto (pure in questo caso, egli rilevava come già l'Aldimari si fosse espresso in tal senso) (181), e anzi, poiché il savio nel caso di specie era un magistrato ducale, a maggior ragione dovevano applicarsi quei principî elaborati dalla *scientia iuris* per semplici sapienti che magistrati non erano. Insomma, a suo avviso, si poteva concludere « che il voto dell'Ufficio Fiscale è nel senso delle nostre leggi un supplemento alla giurisdizione del giudice; che quindi il giudice procedendo a sentenza senza quel voto manca di piena giurisdizione; che quindi la sentenza in questo caso, come data da persona non avente piena giurisdizione, manca di giudice, e perciò non sussiste regolarmente, e perciò è lecito a chiunque fra i contendenti di domandarne la nullità, sebbene quel supplemento di giurisdizione sia voluto nel favore di uno di essi soltanto » (182).

Posti questi principî di diritto comune, il Micheli Pellegrini passava ad esaminare alcune questioni di *ius proprium*, sulle quali

(180) VANZI, *De nullitatibus*, tit. *De nullitate ex defectu processus, sive ordinis iudicarii*, fo. 415 vb, nn. 53-54.

(181) ALDIMARI, *De nullitatibus sententiarum*, I, rubr. 9, qu. 46, p. 391, n. 42: « Et hoc procedit etiamsi Commissarius esset iurisconsultus, et peritus, nam adhuc tenetur servare formam dictae commissionis, et capere consilium ab eius consultore ».

(182) ASMS, *Tribunale Supremo di Giustizia*, b. 429, fasc. 7, *Voto fiscale*, [pp. 13-14].

potevano fondarsi varie obiezioni alla nullità della sentenza di appello.

La prima questione prendeva in considerazione il fatto che il voto dell'Ufficio fiscale era stato dato nel primo grado, cosicché poteva non ritenersi necessario assumerlo di nuovo nel secondo.

Il giurista di Carrara, a questo proposito, asseriva che l'obiezione era irrilevante, sia perché, quand'anche il voto potesse rendersi dalla stessa persona, nulla ostava a che questi cambiasse opinione dal primo al secondo grado, sia perché vigeva nell'ordinamento massese la disposizione dell'art. 22 dell'Editto giurisdizionale che ripartiva la competenza per il primo e il secondo grado rispettivamente tra procuratori e avvocato fiscali, richiedendo a quest'ultimo il voto in appello ⁽¹⁸³⁾.

Non potevano aver pregio, a suo avviso, neppure altre obiezioni: né quella concernente l'interpretazione degli articoli 12 e 27 (erroneamente da lui indicato come 28) del Regolamento delle procedure ⁽¹⁸⁴⁾, che specialmente con la dizione « quando occorra » dell'art. 27 avrebbero potuto far pensare *prima facie* ad una sorta di facoltatività dell'assunzione; né quella fondata sull'applicabilità dell'art. 480 cpc napoleonico che, avendo per primo introdotto nell'ordinamento massese la figura del pubblico ministero, avrebbe do-

⁽¹⁸³⁾ ASMS, *Leggi di Massa*, I, *Editto 9 dicembre 1815*, art. 22: « Vi sarà un Ufficio Fiscale composto di un Avvocato, e due Procuratori. L'Avvocato Fiscale incaricato della conservazione, e difesa dei diritti della Camera, promozione della Giustizia, osservanza delle Leggi, e mantenimento dell'ordine, e pubblico bene eserciterà le sue funzioni, ed incombenze direttamente presso il Governo, e Tribunali; e presso i Giudici di prima istanza potrà esercitarle ancora per mezzo dei Procuratori Fiscali da esso dipendenti ».

⁽¹⁸⁴⁾ ASMS, *Leggi di Massa*, I, *Editto 16 dicembre 1815*, art. 12: « Il processo così ultimato col suo indice dovrà essere comunicato all'Ufficio Fiscale quando si tratti di quelle cause, nelle quali non sia parte, ma debba essere sentito per il suo voto in scritto, che dovrà rimettere sollecitamente al Giudice col ritorno del processo medesimo ».

Art. 27: « Sentito, quando occorra, dal Tribunale d'appello l'Ufficio Fiscale secondo il disposto dell'art. 12 e ricevute le informazioni delle parti [esso Tribunale] deciderà con una medesima sentenza prima sulla querela di nullità se sarà stata proposta; ed indi sul merito quando quella sia rigettata. La sentenza accompagnata dai motivi, che l'hanno determinata si abbasserà col processo al Giudice di prima istanza per l'intimazione della medesima alle parti ».

vuto continuare ad essere la *Grundnorm* per quanto attiene al funzionamento di questo istituto.

Riguardo alla prima, il Micheli Pellegrini osservava come la dizione « quando occorra » non poteva avere altro significato che quello di riferirsi alle cause nelle quali, a mente dell'art. 23 dell'Editto giurisdizionale, era previsto obbligatoriamente il voto dell'Ufficio fiscale e il riferimento che l'art. 27 faceva all'art. 12 non poteva servire ad altro che a richiamare, per le cause di secondo grado, il procedimento fissato in quell'articolo soltanto per quelle di primo grado.

Quanto all'art. 480 cpc egli, dopo aver notato che tale norma era ormai inapplicabile a Massa, in virtù della generale abrogazione della legislazione francese e italiana operata da Maria Beatrice, riconosceva che le funzioni dell'Ufficio fiscale nella nuova procedura erano assai più ampie di quelle del pubblico ministero « more francorum »⁽¹⁸⁵⁾ ed inoltre, sul punto dell'impugnativa delle nullità per mancanza del voto, negava che potesse farsi luogo alla restrizione di cui al predetto articolo (da considerarsi « una legge di mera procedura civile »), dovendosi per converso dare applicazione ai principî del diritto comune sopraesposti.

Una volta concluso sulla nullità della sentenza per mancanza del voto fiscale, il Micheli Pellegrini affrontava un'ultima questione relativa alla competenza per il nuovo giudizio di merito conseguente alla dichiarata nullità: si trattava cioè di vedere se si fosse dovuto procedere al rinvio al giudice di appello o se invece il Su-

(185) « Non si vorrà negare — notava il Micheli Pellegrini — che nell'attribuirsi all'Ufficio Fiscale istituito in questi stati coll'editto giurisdizionale 9 Dicembre 1815 la cognizione per voto delle cause, che interessano l'ordine pubblico, e le persone specialmente tutelate dalla legge, si volle formare di lui una magistratura pressoché eguale al pubblico ministero conosciuto dalla Francese legislazione, della quale si usava a quell'epoca. Anzi si dirà, che all'Ufficio Fiscale furono piuttosto estese, che diminuite quelle attribuzioni, che i Capitolari di Carlomagno avevano affidato al pubblico Ministero, e che le successive leggi di Francia avevano consolidate sopra più certe, e determinate regole. Imperocché mentre il pubblico ministero non era in Francia, che il conservatore della legge, e il depositario della pubblica vendetta, l'Ufficio Fiscale conseguì tra di noi l'antica qualità di difensore degli'interessi camerali, e dello stato, ed ebbe in aggiunta quelle stesse attribuzioni, che al pubblico ministero sono affidate » (ASMS, *Tribunale Supremo di Giustizia*, b. 429, fasc. 7, *Voto fiscale*, [pp. 16-17]).

premo Tribunale di Giustizia, dopo aver assunto il voto fiscale, dovesse procedere esso stesso nel merito.

Il giurista di Carrara non aveva dubbi che, in assenza di norme di *ius proprium* che disponessero diversamente, si dovesse affermare la competenza del Supremo Tribunale. E a questa conclusione egli perveniva, oltre che sulla base della consolidata tradizione del diritto comune ⁽¹⁸⁶⁾ testimoniata dai soliti Vanzi ⁽¹⁸⁷⁾ e Aldimari ⁽¹⁸⁸⁾, anche con una brevissima argomentazione basata sulla recente legislazione ducale.

Se infatti — egli notava — l'art. 51 del Regolamento di procedura aveva espressamente disposto che le cause in Cassazione giudicate dal Supremo Tribunale di Giustizia dovessero essere da questo trattenute per la decisione definitiva del merito, proprio per segnalare la differenza con la diversa procedura francese che ordinariamente prevedeva il giudizio di rinvio, andava da sé che nella ripristinata legislazione il principio che vigeva era quello opposto, per il quale il giudice della nullità decide anche il merito della controversia, senza che vi sia la necessità di un'espressa disposizione in tale senso da parte del legislatore ⁽¹⁸⁹⁾.

⁽¹⁸⁶⁾ Che affondava le sue radici nella lezione di BARTOLO, *In l. Si ut proponis C. Quomodo et quando iudex sententiam proferre debeat* (C. 7.43.4), *Commentaria In Secundam atque Tertiam Codicis Partem*, Venetiis [Lucantonio Giunti], 1602, fo. 61 va, n. 4; la quale era stata recepita dalla Scuola del Commento, così da divenire *opinio communis* già dal Quattrocento, secondo quanto segnalava ALESSANDRO TARTAGNI, *Consilia seu Responsa*, L. 2, Cons. 79 *Prospectis verbis*, fo. 68 va, n. 2.

⁽¹⁸⁷⁾ VANZI, *De nullitatibus*, tit. *Coram quo possit et debeat nullitas proponi*, fo. 374 va, n. 12, per il quale « nullitas coram superiore iudice deducta, totam causam ac principale negotium devolvit, prout devolvit appellati a diffinitiva: unde talis iudex nedom super nullitate, quinimo etiam super principali negotio, pronunciare poterit ».

⁽¹⁸⁸⁾ Il quale, dopo aver affermato l'effetto devolutivo della *querela nullitatis* dinanzi al giudice superiore di tal che tutta la causa « etiam quoad iustitiam, et merita » si intende portata alla di lui cognizione, aveva icasticamente concluso che « dictio de nullitate habet in ventre introclusam, etiam appellationem » (ALDIMARI, *De nullitatibus sententiarum*, I, rubr. 3, qu. 14, p. 60, nn. 11-12).

⁽¹⁸⁹⁾ Particolarmente incisiva la prosa del Micheli Pellegrini; riferendosi appunto al disposto dell'art. 51, così scriveva: « Ma se il legislatore volle render competente il Tribunal Supremo e per decidere della nullità delle sentenze di appello, e per decidere del merito delle medesime dopo la dichiarata nullità in quelle stesse cause, che per espressa disposizione di legge dovevano esser rimesse ad altro Tribunale di appello

In altri termini — sembrava concludere il Micheli Pellegrini — un conto è il giudizio di cassazione con il collegamento necessario ad un giudice di rinvio; un conto è la *querela nullitatis* del diritto comune, ove il profilo formale del processo è sempre congiunto a quello (di merito) della giustizia sostanziale.

Una noterella finale per la cronaca: con sentenza del 18 luglio 1826, il Supremo Tribunale di Giustizia degli Stati di Massa e Carrara, composto da Giuseppe Petrozzani (presidente), dal Conte Paolo Colombini (primo consigliere) e da Giovanni Giorgieri (supplente del consigliere e consultore di governo Odoardo Micheli Pellegrini), « visto il voto del Sig.re Delegato avv.to Fiscale sul punto di nullità » e riscontrando che effettivamente egli doveva esser sentito nel processo d'appello, ordinava « doversi rimettere il processo al Sig.re Avv.to Fiscale Generale per il suo Voto, ricevuto il quale pronunciare definitiva sentenza »⁽¹⁹⁰⁾.

Le tesi del Micheli Pellegrini erano state totalmente accolte.

5. *Alcune riflessioni conclusive.*

Giunti al termine dell'itinerario che ci siamo prefissi, è tempo di trarre alcune conclusioni fondate su un'indagine territorialmente delimitata, ma commisurate al contesto più generale dell'esperienza giuridica europea; in primo luogo, riguardo al rapporto codice-diritto comune⁽¹⁹¹⁾.

A questo proposito, si può senz'altro dire che, nelle vicende massesi della Restaurazione, il codice viene percepito come pro-

quanto al merito, dovrà certo a maggior ragione tenersi lo stesso metodo per quelle cause, che per legge potevano decidersi dal Tribunal Supremo e quanto alla nullità, e quanto al merito, quali sono tutte quelle incoate sotto il regime della ripristinata procedura patria » (ASMS, *Tribunale Supremo di Giustizia*, b. 429, fasc. 7, *Voto fiscale*, [pp. 20-21]).

⁽¹⁹⁰⁾ ASMS, *Tribunale Supremo di Giustizia*, b. 428, *Registro delle Sentenze originali*, c. 57 r.

⁽¹⁹¹⁾ Impossibile fornire una bibliografia, anche approssimativa, su questo tema; mi limito a rinviare alle analisi contenute in « Codici. Una riflessione di fine millennio ». Atti del convegno fiorentino del 2000, cit. *supra*, nt. 32, e, per un inquadramento generale della problematica, a P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*.

dotto straniero, che deve essere giustiziato, insieme a tutto quello che si può ricondurre alla legislazione napoleonica: pur non essendoci stata da parte del legislatore e dei pratici una riflessione sul tema in sé della codificazione, essa risulta tra le righe dell'epistolario intercorso tra Petrozzani e Maria Beatrice, dove il codice è visto come « stabile sistema di legislazione », che però non postula affatto un superamento del diritto romano ⁽¹⁹²⁾.

Il Petrozzani e la duchessa sono dunque ancora nell'ottica della consolidazione ⁽¹⁹³⁾, o, se si preferisce, sono ancora ben lontani dall'*idea di codice* — nella terminologia ascarelliana, per intendersi — che interesserà Massa assai dopo l'unione al Ducato di Modena e precisamente con la codificazione civile del 1851 ⁽¹⁹⁴⁾.

Tuttavia, tra i giuristi massesi è viva la consapevolezza della diversità dei sistemi: un conto è l'*ancien régime* a cui si vuol far ritorno, un conto è il sistema codificato ⁽¹⁹⁵⁾, con le sue nuove regole, le quali si riverberano anche in ambito processuale, come testimoniano le riflessioni che abbiamo visto sulle differenze tra Cassazione e Grandi Tribunali.

Da questa indagine sull'esperienza massese emerge, una volta di

⁽¹⁹²⁾ In questo senso deve intendersi il riferimento che il Petrozzani fa, come si è visto *supra* § 2.a, p. 157, ad un codice di diritto penale da adottarsi in un secondo momento. Cfr. ASMO, *Eredità Cybo Gonzaga*, b. 481, Rel. n. 128, cit.

⁽¹⁹³⁾ Nella nota accezione introdotta da Mario Viora, per la cui proficua utilizzazione si è recentemente espresso anche P. GROSSI, *Il periodo medievale e moderno*, in « Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica ». Atti del Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto (Torino, 19-21 novembre 1998), Roma, Fondazione Mochi Onory, 2001, p. 492.

⁽¹⁹⁴⁾ E non è da sottovalutare che uno dei primi esegeti di tale codice sarà proprio il massese Giuseppe Brugnoli († 1878) con il suo *Indice ragionato del codice civile estense in comparazione del diritto romano*, Modena, coi tipi di Carlo Vincenzi, 1852; giudice e avvocato d'impronta liberale, che meriterebbe d'esser studiato più approfonditamente. Per alcuni ragguagli, cfr. M. CAVINA, *Il potere del padre*, II, pp. 495-496.

⁽¹⁹⁵⁾ Come ha precisato P. CARONI, *La storia della codificazione e quella del codice*, in « Index. Quaderni camerti di studi romanistici », XXIX. 2001, pp. 55-81, anche di fronte ad una continuità formale (*id est* solo apparente) del codice con l'esperienza giuridica anteriore, c'è sempre una rottura totale con la storia precedente, cosicché pure in presenza di medesimi significanti, i significati possono essere diversi; in sostanza — per usare le parole del giurista svizzero — « il codice quella storia "precedente" in realtà l'azzerà, l'abbandona irrevocabilmente al suo destino » (p. 67).

più, il ruolo centrale che la legge ha assunto negli ordinamenti odierni.

Già i cinquecenteschi statuti albericiani avevano segnato un primo ed intenso accentramento nelle mani del principe del potere di produrre norme giuridiche, espropriandone le due città del Ducato che lo avevano avuto fino ad allora. Nella Restaurazione si prosegue in questa direzione ⁽¹⁹⁶⁾, mediante la conferma da parte di Maria Beatrice dell'abolizione delle vicinanze di Carrara e un'impostazione dei poteri pubblici nell'ottica del *Polizeistaat*, continuando in questa materia il cammino intrapreso dalla madre Maria Teresa, a partire dalla seconda metà del Settecento. Ed è di tutta evidenza come simili atteggiamenti non possano non aver contribuito, in modo determinante, ad affermare l'idea che tutto il diritto proviene dal principe e si identifica con la legge scritta.

Anche l'opuscolo del Micheli Pellegrini sul divieto delle citazioni, tutto volto al recupero della legge contro le interpretazioni dei giuristi che portano soltanto ad alterarla, riprospettando in piena Restaurazione temi cari all'Illuminismo giuridico, dà il senso di questa preminenza — ormai pacificamente ammessa — della legislazione sovrana nel sistema delle fonti, pure in un ordinamento vivente a diritto comune.

Si può in definitiva riscontrare anche nel Ducato di Massa e Carrara quella linea di evoluzione del diritto positivo, prodotto dalla normativa del principe e dal recepimento in ambito forense di *rationes scriptae*, che conduce ad una semplificazione dell'ordinamento; la quale si accompagna ad una tendenza della società massese verso il superamento dell'organizzazione cetuale, con il conseguente affermarsi dell'*unicità del soggetto di diritto* ⁽¹⁹⁷⁾: l'abolizione del compromesso necessario e la riduzione dei fedecommissi,

⁽¹⁹⁶⁾ Di « unglückliche Richtung » aveva per l'appunto parlato Savigny nel *Beruf*, notando la tendenza del legislatore tedesco a disciplinare tutto; lo ricorda opportunamente P. CARONI, *Il codice rinviato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, in « Codici. Una riflessione di fine millennio », p. 294.

⁽¹⁹⁷⁾ Evoluzione che ha trovato un diverso livello di apprezzamento critico negli studi di Paolo Grossi sull'Assolutismo giuridico e di Giovanni Tarello sul fenomeno codificatorio. Si allude rispettivamente a P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, e a G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, p.

cui si è accennato, possono forse leggersi in quest'ottica, soprattutto qualora si tenga conto che questi provvedimenti vengono presi in un Ducato che manca di una vera e propria nobiltà « di spada » e che annovera nella sua popolazione un clero tutto sommato non particolarmente attento ai privilegi e addirittura, fino al 1822 — data di istituzione della Diocesi di Massa — sottoposto ad un vescovo « straniero ».

Un'ultima osservazione merita d'esser fatta riguardo al funzionamento di un sistema giuridico fortemente compresso qual è quello del Ducato di Massa e Carrara nella Restaurazione, a causa dell'assenza di una rilevante *scientia iuris* e del correttivo giurisdizionale delle *decisiones*: gli scritti defensionali esaminati dimostrano come, pur con mancanze e difetti, il diritto comune continui, mediante l'ancor feconda attività interpretativa dei giuristi, a fornire le risposte ai nuovi casi della pratica quotidiana. Se è vero che il codice viene rifiutato quale prodotto straniero, è altrettanto indubitabile che esso non viene percepito come contrapposto nei contenuti al diritto comune: come in politica si può passare, salvo rare eccezioni, da filofrancesi a partigiani dei sovrani restaurati, così, anche per il diritto, il passaggio dall'uno all'altro regime, salvi gli aggiustamenti imposti dal mutare dei governanti, non crea eccessivi problemi.

Certo, una tale percezione non è il frutto d'un'elaborazione scientifica, che nel Ducato è mancata, ma proviene dalla pratica forense: e questo è un tratto ancor più significativo — proprio perché sorto al di fuori delle accademie — della specificità dell'esperienza massese, che conduce, in fin dei conti, ai medesimi esiti delle importanti riflessioni dottrinali toscane — universitarie e non —, tese a riaffermare, in questo periodo e fino all'Unità d'Italia, la preminenza del modello giurisprudenziale ancorato al diritto comune su quello legislativo ⁽¹⁹⁸⁾.

In estrema, conclusiva sintesi si può dire allora che « diritto co-

559, che ha intravisto nel lento processo di codificazione del diritto proprio una « laboriosa 'unificazione' del soggetto di diritto ».

⁽¹⁹⁸⁾ Cfr. P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 3-84; F. COLAO, *Progetti di codificazione civile nella Toscana della Restaurazione*, Bologna, Monduzzi Editore, 1999.

mune », « codice », « ruolo primario della legge nell'ordinamento » sono temi che pervadono la riflessione giuridica della Restaurazione a Massa e Carrara: una riflessione che, pur nell'empirismo delle soluzioni, può avvicinarsi a quelle coeve, ben conosciute e assai più raffinate, in atto nel Granducato lorenese e nella Modena austro-estense ⁽¹⁹⁹⁾.

Anche da questa piccolissima terra, insomma, passò la grande storia.

⁽¹⁹⁹⁾ Sulla quale cfr. da ultimo M. CAVINA, *Il Ducato virtuoso. Dalla cultura giuridica estense al tradizionalismo austroestense. Con l'edizione di un 'clandestino' corso giuspubblicistico modenese*, in « Diritto e filosofia nel XIX secolo ». Atti del seminario di studi Università di Modena 24 marzo 2000, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 3-54.

DAG MICHALSEN

IDEOLOGIES OF ROMAN LAW IN NORWEGIAN AND ENGLISH LEGAL SCIENCE IN 19th CENTURY

I. Ideologies of Roman law in legal sciences. — II. Schweigaard and Austin: Roman law and analytical models of legal science. — III. Ideologies of Roman law in legal historicism. — IV. The culmination of legal ideologies of Roman law ca 1870-1900. — V. The decline of the Roman law ideology in « Law Quarterly Review » and « Tidsskrift for Retsvidenskab ». — VI. Conclusion.

I. *Ideologies of Roman law in legal sciences.*

In 1888 the prominent Norwegian legal scientist Francis Hagerup (1856-1921) stated in the opening article of the new established Nordic academic legal journal *Tidsskrift for Rettsvidenskab* (« Journal for legal science ») that the character of classical Roman law was « in accordance with modern life ». A few years later the English legal scientist Frederick Pollock (1845-1937) observed that Roman law « was more modern [...] than ours », the Common law ⁽¹⁾. These randomly chosen quotations echo the long-standing and important German debates during the 19th Century on the modernity of Roman law, ideas that ideologically were at the core of the Pandect law movement. In addition, it is well known that these types of thoughts were common within legal elites in Eu-

(1) Francis HAGERUP, *Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter* [Some Words on the Character of the new Legal Science] in « Tidsskrift for Retsvidenskab », 1888, pp. 1-58 (p. 14); Frederick POLLOCK, *The Vocation of the Common Law* in: « Law Quarterly Review », 1895, pp. 323-336 (p. 331).

rope, somewhat depending upon the impact of the central German writings. This issue has on the whole received attention in legal historical studies (2).

This article aims at adding another European perspective to this topic by following two trains of thoughts. The first seeks to include a European periphery by showing how a small legal elite in a small constitutional state, Norway, reacted to, adapted and reworked the ideas of the German Romanism on the modernity of Roman law. An integrated part of this study is to compare the Norwegian experience with the English, a comparison that will show both similarities and differences. I hasten to add that the English material is by no means exhaustive, but rather selected for the sake of contrast. Secondly, I am interested in what I would call the cultural dimension of the 19th Century ideas on Roman law, not the legal operational one, but the views on Roman law as a legal ideology. On a specific level what was achieved was the making of different cultural constructions of law and legal science that had much symbolic power in both science and politics in addition to that of including certain versions of Roman law into the private legal system.

The role of Roman law in general Norwegian legal history is not easy to assess (3). But on the whole Norway stood outside the process of Roman law reception from the high Middle Ages, and an 'ius commune' in which Roman law was a major ingredient was never developed. On the other hand, the Norwegian legal elite did not consciously exclude elements of Roman law, but applied it judiciously. Much is now done in the name of the present Europeanization to find these hidden treasures. Rather, Roman law was from the High Middle Ages and onward a selective 'background law'.

(2) For Germany: James Q. WHITMAN, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era* (1990) pp. 92 sq.; detailed studies on pandect law and conceptual reasoning are abundant, but cfr. Maximilliane KRIECHBAUM, *Dogmatik und Rechtsgeschichte bei Ernst Immanuel Bekker* (1984); Ulrich FALCK, *Ein gelehrter wie Windscheid* (1989), and Hans-Peter HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die "Begriffjurisprudenz"* (2004). I have no ambition in citing the many studies of these kinds in this article.

(3) Dag MICHALSEN, *Law, Legal Science and Norwegian Society* (1998) pp. 39 sq. and Ole FENGER, *Romerret i Norden* [Roman Law in Norden] (1977).

However, the extensive royal statute law from the end of the thirteenth century (1274-76), on the whole being based upon traditional customary law, excluded the need for a Medieval Norwegian Roman law. In any case, the lack of local Law Faculties prevented such development. During the Early Modern Age Norway was tied in a close union with Denmark, and thereby lost most of its constitutional independence. In various ways the Scandinavian legal cultures were interwoven with Continental processes of adapting Roman law, and by the end of the eighteenth century, Denmark-Norway had a Law faculty in Copenhagen where Roman law and Natural law were taught. Subsequently, Roman law became an important discipline in the Norwegian Law Faculty that was established at the newly erected University 1813, just before the break-up of the union with Denmark 1814. Indeed, there was at that time a rather asymmetrical relationship between the importance of Roman law as an academic subject and its actual relevance in the legal system. This observation may be generalised also for the whole Century, even when we understand Roman law in its vaguest form.

England stood outside the massive influence of Roman law (4). The relationship between Roman law and Common law has been in a constant process of interpretations and reinterpretations, and the impact of Roman law is even more difficult to assess with any degree of certainty than what is the case in Norway. Furthermore, this issue is deeply interwoven with ideological connotations. Not surprisingly, present research finds more 'Roman law' in Common law than the research of — say — mid 20th Century, but perhaps less than some of the research carried out during the 19th Century. This legal historical research is itself an expression of a cultural view of the identity of English Law and its relation to the 'Continent'.

I suggest historically that during the 19th Century there was a discourse both in Norwegian and English legal science concerning what I call *ideology of Roman law* and which on the whole had the

(4) J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History* (3 ed. 1990) pp. 33-35; R.M. HELMHOLZ, *The Ius Commune in England. Four Studies* (2001); Peter STEIN, *The Character and Influence of Roman Civil Law. Historical Essays* (1988) pp. 151 sq.; Mathias REIMANN (ed); *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920* (1993).

double character of being an argument in favour of the contemporary relevance of Roman law and legal methods *and* of being a cultural and institutional thematization of Norwegian and English law respectively. In both Norwegian and English legal science this ideology was part of interpreting the past, the present and the future of domestic law. Accordingly, I read this literature as part of its contemporary legal, academic and cultural context. These texts were written as an ongoing academic project with international connections, especially to that of German legal literature. But equally they reflect specific interpretations of legal institutions, legal sources, and the politics of law in general in their respective countries. The discourse on the modernity of Roman law was therefore primarily an academic theoretical issue even though in addition, the discourse was being a tool for promoting the use of Roman law in legal literature, court practice and legislation (that e.g. English and Norwegian Tort law was influenced by the German Pandect law) ⁽⁵⁾.

These observations have some bearing on the comparative aspect of my article. To compare legal sciences of two countries is problematic. Even though the texts on the contemporary relevance of Roman law are rather similar in argumentation and general character, the specific ways in which they are understood and used also make them different. The legal systems of Norway and England were quite dissimilar. The distribution of power between legal academia and other legal institutions were also of a quite different kind (and I will give some examples below). In addition, there is the obvious aspect of England being a Great colonial power, Norway a small nation with sovereignty not without colonial connotations (as Norway was forcibly tied to a union with Sweden 1814-1905). All these factors point to differences. Still, the methodological discourses of the two countries circled the same issues, what indeed favours the present comparative study: The same ideas on the con-

⁽⁵⁾ For England: David IBBETSON, 'The Law of Business Rome': Foundations of the Anglo-American Tort of Negligence in *Current Legal Problems* 1999 pp. 74-109; for Norway Dag MICHALSEN, *Europeisk privatrettshistorie* [History of European Private Law] (2005) pp. 96-108.

temporariness of Roman law had both similar and dissimilar functions in the two legal scientific milieus. This brings to mind the importance of the institutional settings of law when we historically interpret legal pasts.

II. *Schweigaard and Austin: Roman law and analytical models of legal science.*

Anton Martin Schweigaard (1818-1870) was undoubtedly the most prominent Norwegian legal scholar about 1850 ⁽⁶⁾. He became professor of law and Member of Parliament around 1840, and he dominated both scenes until his death 1870. His program for legal science was of a pragmatic realistic kind. As he was an intellectual champion for a non-idealistic version of the ideology of the newly established Norwegian state, he opposed more idealistic and patriotic interpretations of that state. This position has, as we shall see, also a bearing upon his interpretation of Roman law.

In lack of nobility and a strong capitalistic class, the Norwegian state was run by the elite of government civil servants, and they promoted both economical and political liberalism ⁽⁷⁾. The character of 'legal science' at the time must be understood as a modality of this specific Norwegian liberal constitutional state-construction. 'Legal science' was nothing else than a socially small group of people interacting with politics, governmental tasks, legal learning and judiciary work. Legal science was heavily integrated in the running of the state, being part so to speak of that state's bureaucracy and politics. It was a state-integrated operational legal science, a quality that Norwegian legal science has continued to exercise. As Norway achieved internal political independence in 1814, cultural patterns evolved that also affected the view of law. For a start, the Danish-Norwegian heritage continued to exercise a widespread hegemony as to legal sources, legislation, legal language and legal

⁽⁶⁾ Gudmund SANDVIK, *Schweigaard* in: Michael STOLLEIS (Hrsg), *Juristen. Ein biographisches Lexicon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert* (2001) pp. 566-567.

⁽⁷⁾ Vilhelm AUBERT, *Continuity and Development. In Law and Society* (1989) pp. 161 sq.

thinking until around 1850. Hence, the Norwegian legal literature written after 1814 had to take a stance as to what constituted a national quality of law in Norway. This task involved an historical interpretation of Norwegian law defined through the construction of a genetic code of the national law stretching back to Early Middle Ages. Also, it involved a contemporary one, especially focusing on the constitutionalism of Norway compared to the absolutist constitution of Denmark, which lasted until 1849. In addition, Norwegian lawyers were during the 19th century preoccupied with changing cultural views on law as interpretations of law took into account the Scandinavian, the Roman-Germanic and the modern European context. All in all Schweigaard's stance in these debates was quite pragmatic.

The discussions on the relevance of Roman law concerned the character of the modernity of law. This becomes obvious when reading Schweigaard's key methodological article: *On the present state of German legal science* (1834) (8). This article was formed as a critical assessment of the German legal science, but simultaneously it was a programmatic essay favouring a specific modern legal science which he called « analytical-descriptive ». His position was formed through an analysis of the recent development in German legal science. He had visited German universities 1832-33, he had with help of Heinrich Heine published an attack on German philosophical idealism in a French journal, and as he came back to Norway he published the abovementioned article on legal methods in the leading Danish legal journal. Schweigaard focused on two aspects in German legal thinking. Firstly, he diagnosed the antiquated Wolffianism and the fading Kantianism in legal science as obsolete Natural law speculations. Secondly, he debated the German type of understanding and applying Roman law. This was at the core of the argument. Schweigaard identified Gustav Hugo's practical-historical Romanism, Eduard Gans' Hegelianism (which he loathed), the critical-practical attitudes to Roman law done by

(8) Anton Martin SCHWEIGAARD, *Betragtninger over Retsvidenskabens nærværende Tilstand i Tydskland* in: « Juridisk Tidsskrift », 1834, pp. 292-333.

Thibaut and eventually Savigny's idealistic version of classical Roman law as published in *Vom Beruf* ⁽⁹⁾.

On the whole Schweigaard sympathized with Thibaut's critical attitudes to Roman law. What Schweigaard found in classical Roman law was the uncritical juxtaposition of legal positivism and non-positivism in legal argumentation, and more importantly, the lack of realistic treatment of the interests underlying legal rules. Also, Schweigaard reacted to the cult of the supposed uniform 'Method of the Roman lawyers', which Savigny (with the aid of Leibniz and Hugo) had developed into a successful meta figure in the 19th Century Romanism: But in the methods of the Roman lawyers Schweigaard saw only imperfect handlings of legal concepts. The Roman lawyers were nothing but « the best preserved Mummies » and the German imitating model of legal science, aiming only at penetrating the legal thinking of the Romans, was to be deplored as it prevented achieving an independent legal thinking. Thus the intellectual freedom of legal science necessary in a modern society was lost.

Schweigaard called his model of legal science « analytical-descriptive », what might mean almost everything, except clear-cut legal idealism. His program for law and legal science was not — as we shall see — as prolific as that of John Austin; therefore it is not easy to interpret historically the relationship between his own contemporary legal method and that of the presumed Roman method. But it seems obvious that to Schweigaard Roman law became a model of non-modernity, and Schweigaard was very precise in defining it as only being historical without the universal qualities attributed to it by the new German Romanism. Schweigaard had an interesting argument that deserves attention: legal science shall not have an imitational quality, and he maintained that legal science must achieve autonomy in relation to history. In this sense, law and legal science in Schweigaard's view, mirrored the Norwegian ver-

⁽⁹⁾ In all the famous contributions to the debate on codification around 1814 — as that of Savigny, Thibaut and Feuerbach — the contemporary relevance of Roman law was at the core of the argument, see also HEGEL, *Philosophie des Rechts* (1821) e.g. §§ 3 and 40.

sion of a constitutional state: The democratic Legislator, the professional court and legal science were all dominated by a small group of elite lawyers wandering between the three institutions. The reality of law reflected this specific communication in legal system. Nevertheless, Schweigaard's lack of interest in classicism seems also to have made him overlook the creative potential of the reinterpretations of Roman law. Generations to come would criticize him for this.

John Austin's theory of law was much more profiled than Schweigaard's. It was written in another critical vein concerning domestic law, the Common law. In recent research the multifaceted context of Austin's methodological project has been investigated⁽¹⁰⁾. However, Austin's wide-ranging use of Roman law in the outline of his *General Jurisprudence* or the *Philosophy of positive law* has been less studied⁽¹¹⁾. Through the combination of a more precise legal vocabulary and the theory of the commands of the sovereign Austin managed to define the object of both legal science and positive law. The *General Jurisprudence* was launched as a meta-discipline of law to which both Roman law and Common law, being examples of particular jurisprudences, were to be measured and valued. The profound impact of Bentham furnished Austin with theoretical tools. Like Schweigaard, Austin also visited Germany, and his lectures are filled with references to Hugo, Savigny, Thibaut and Falck (who nearly became law professor in Oslo). This world of early 19th Century German Romanism combined with the strong traditional English classicism must have favoured Austin's extensive use of Roman law. He could find little support for this practise in Bentham as his attitude to Roman law was rather critical.

How are we to interpret the role of Roman law in Austin's project — as *Lectures on Jurisprudence* is filled with references and

⁽¹⁰⁾ Latest: Wilfrid E. RUMBLE, *Doing Austin Justice: The Reception of John Austin's Philosophy of Law In Nineteenth-Century England* (2005); Michael LOBBAN, *The Common Law and English Jurisprudence 1760-1850* (1991), Ch 8.

⁽¹¹⁾ An important exception is M.H. HOEFELICH, *Roman and Civil Law and the Development of Anglo-American Jurisprudence in the Nineteenth Century* (1997), pp. 9 sq.

discussions on Roman law (12)? And how are we to evaluate Austin's contribution as part of the history of a discourse on an ideology of Roman law? In English legal science, Austin's version of Roman law is closely linked to the inauguration of the Analytical School which was a most important line of legal thought during the 19th Century (and which e.g. H.L.A. Hart reformulated through his classic *Concept of Law*) (13). Even though Austin's texts themselves are not always precise on the theoretical function of Roman law in analytical jurisprudence, the subsequent analytical jurists performed this task: The line of eminent Victorians like John Stuart Mill, Sheldon Amos and Thomas Erskin Holland reinterpreted the analytical model also by defining Roman law as a modern law — and I would add — increasingly so towards the turn of the Century. This interpretation was done in opposition to the new historical-evolutionary model of legal thinking associated with names as divergent as Henry Sumner Maine, James Bryce and Frederick Pollock who also used the figure of the modernity of Roman law as part of their redefinition of jurisprudence as a comparative historical one.

Mill's elegant interpretation on this issue in 1863 captured the more distinct function of Roman law in the analytical jurisprudence by defining 'universal' as inductive generalisations: Accordingly, Mill maintained, Austin was forced to choose the Roman legal system as the basic material for making a General Jurisprudence as Roman law had « been moulded into the shape it possesses by the greatest number of exact and logical minds ». Roman law was the legal system in which the greatest numbers of universal elements « have been brought out into distinct expression and the fewest to remain latent ». It was in the quality of being an ultimate representative for the formal structures of all legal systems that Austin — according to Mill — had to choose Roman law. This furthermore

(12) John AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* (3 ed by Campbell 1869) I-II, esp. Vol. II.

(13) William TWINING, *Globalisation & Legal Theory* (2000) ch. 2 and 4. Cfr. Nicola LACEY, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream* (2004) e.g. Ch 7.

led to the observation that there existed a « logical superiority of the Roman over the English legal system »⁽¹⁴⁾.

Comparing the function of Roman law by Austin and by Schweigaard brings out some interesting differences. A striking difference is the critique of the domestic legal system; Austin's rather harsh criticism of Common law (which would become more difficult to carry out later in the century) might also be explained by Austin's outsider status in legal society. Schweigaard on the other hand was heavily integrated in the running of the legal system and could exercise the double power both as legal scientist and as a legislator. This might also point to the respectively strict and relaxed definition of positive law, which is the same as the difference between the analytical formalism of Austin and the analytical realism of Schweigaard. Both disagreed with much of Savigny, (both as to legal idealism and the role of the legislator). But Schweigaard did not need Roman law as a critical tool; whereas Austin — through the construction of a General Jurisprudence — was forced to another conclusion. Both individual programs of legal thinking, and the roles of the programs in the legal and political system, are elements that bring out differences in legal scientific practices.

III. *Ideologies of Roman law in legal historicism.*

The importance of historical theoretical models for legal sciences both in Norway and England during the 19th Century is well-known. The readings and translations of the texts of the German historical school and its opponents contributed to innovative perspectives on law as an historical and social process. But the tendency to attribute these new attitudes, both in Norway and England, solely to the German school is to exaggerate its significance. As for England this is obvious. The formation of an 'historical jurisprudence' during the second half of Century, parallel to the Austinian analytical jurisprudence, got most of its intellectual capital

⁽¹⁴⁾ John Stuart MILL, *Austin on Jurisprudence* (1863) in: *Collected Works of John Stuart Mill*, Vol. XXI (1984) pp. 162-205 (e.g. pp. 172-174).

from the rich debates in mid-Victorian cultural life, which centred on evolution and historical change⁽¹⁵⁾. One of the most important results of this intellectual trend was Henry Sumner Maine's magisterial *Ancient Law* (1861)⁽¹⁶⁾. The wide-ranging literature on law and history in English legal and historical literature after 1850 also brought about perspectives on the relation between Roman law and Common law (with various normative approaches), consequently supplementing the analytical model of Austin and Mill.

In Norway, Schweigaard's analytical realism was vague enough not to hinder new inventive programs within legal science. The overall tendency from 1850 and onwards was a shift in direction of legal historicism. However, the program of legal historicism could well be interpreted as being in accordance with that particular realism of Schweigaard's that included among others the combination of economics and law (he was professor in both). By this blending he entrenched the understanding of law in material social processes, which also affected historical interpretations. Thus, to reformulate this attitude in historical terms was for that reason an easy shift. Still, the impulses from Savigny and other German writers were important. The inherent metaphysical traits in the Historical school were on the other hand mostly overlooked by the Norwegian writers. Discussions on the legal status and cultural quality of 'Norway' during the Middle Ages and the Age of Union led to ideological thematizations about the national and historical identity of the nation, which in turn was connected to new historical understandings of Norwegian law. Taken together, Norwegian legal science between 1850 and 1880 could well be named *legal historicism*⁽¹⁷⁾. This does not imply that the focus was only legal history proper, but it implies that historical perspectives were central to a number of issues in legal scientific practice. Eventually, it also led to the formation of a Norwegian styled Roman law ideology.

The Norwegian legal historicism comprised a new model of

(15) E.g. Stefan COLLINI, *Public Moralists. Political Thought and Intellectual Life in Britain 1850-1930* (1991), part II-III.

(16) See below.

(17) Dag MICHALSEN, *Rettsvitenskapens rettshistorie* in: « Tidsskrift for rettsvitenskap », 2002, pp. 309-435.

theories of sources of law. The Norwegian equivalent of the German *Rechtsquelle* was translated well before 1840, signifying the new multifaceted basis for defining law. Theories on customary law were introduced, much in accordance with the writings of German historical school. Still, the school's attacks on codification had only marginal effects in constitutional Norway, although it may have contributed to a more sophisticated view on the possibility of legislation altogether (that later became important in Scandinavian realism). Another important effect was the role of the Court. In Norway, the Court absorbed the task of the *Lawyers* (*Juristenrecht*) which had been so important in the German school. In the thinking of Norwegian legal historicism the focus was shifted towards the practice of the courts. This shift could possibly be compared to the English experience. It also points to another sort of legal politics conducted by legal scientist during the second half of the 19th Century. The direct political power of the legal scientists was weakened as the Government slowly became part of a rising parliamentarianism (in effect from 1884). Thus, legal science attained a new symbolic power in that of being nothing but science. This 'scientification' was connected with another interesting feature, namely the methodical internationalisation in legal science. This did not only include German literature (although that was predominating), but also French and English literature was read and transformed into Norwegian texts. On the whole, more complex intellectual contexts emerged for the practice of legal science.

Following this development, the formation of a new ideology of Roman law stressing the normative relevance of Roman law and methods was emphasized. The discourse was varied, but a common terminology — in the vein of Savigny and Jhering — was presented by the legal scientist and Romanist Marcus Ingstad (1837-1918): Roman law had a double quality, that of history and that of contemporaneity — Roman law had been developed from « primitive ancient conditions » to become « the law of the world that suited all conditions », and thereby had « attained general cosmopolitan traits absorbing foreign elements and in this way establishing the general and universal character of the mature Roman law in antiquity and in consequence shaping the foundation of the private law

of modern Europe » (18). These words (which were commonplaces among Romanists) would have been difficult in the mouth of Schweigaard, but they must be read as part of the reinterpretation of Norwegian legal history in the light of Roman law in the latter part of 19th Century.

The most learned legal scientist of the period, L.M.B. Aubert (1838-1896), contributed in a number of important historical studies to the reinterpretation that Norwegian law was part of a general European law. In a detailed analysis he showed how Norwegian law had been influenced by continental law in a number of ways. By doing so he situated Norwegian law as part of Continental law, and he liberated Norwegian law from the traditional Danish legal hegemony created in the course of the long union (19). Furthermore, Aubert's historical interpretations made it plausible that the ongoing reception of modern Roman law was in accordance with historical patterns: Norwegian law was Norwegian-European law. This also had political implications. The new theories of sources law and the new legal historical understanding made it clear that much of private law *de facto* was outside the control and interest of Parliament. Rather it belonged to the sphere of internationalised and specialised Roman based private law. Consequently, legal scientists introduced legal ideas and rules from the Pandect literature on a number of issues, (such as the many legal inventions of Jhering), which eventually were accepted by court and, if necessary, the legislator (20).

Another deepening of Norwegian ideology of Roman law came with reading of the European *avant garde* of social sciences (21). The writings of Comte, Spencer, Darwin, Buckle, and Mill, and in

(18) Marcus INGSTAD, *Romerrettsstudiet* [The Study of Roman law] 1876 p. 44-47.

(19) L.M.B. AUBERT, *De norske Retskilder* [The Norwegian Sources of Law] (1877) e.g. pp. 135-176.

(20) For detail, Dag MICHALSEN, *Europeisk privatretts historie* [History of European Private Law] (2005) pp. 96-108.

(21) Literature: The Lawyer and Poet Aasmund Olavson Vinje's (1818-1870) different writings in his Journal *Dølen* and — interestingly — his critical view on England and English law in VINJE, *A Norsman's Views of Britain and the British* (1863) and the cultural *avant garde* journal *Nyt norsk Tidsskrift* 1877-1878.

particular Maine, did two things for the new Norwegian Roman law ideology: Firstly, a difference between Roman law as legal dogmatics and Roman law as a social-legal history based up on the model of legal evolution was introduced. Secondly, a more conscious cultural thematization on law in general was promoted, which even brought the issue into the political scene. Between 1869 and 1875 the Norwegian Parliament discussed legal, political and cultural aspects of Roman law in the form of a legislative debate on requirements for examinations at the Faculty of law ⁽²²⁾. In these debates two forms of modernity of law became apparent: The legal scientists, also being politicians, defended the study of what I have called ideology of Roman law and they maintained that this knowledge was necessary for constituting an academic legal education proper. On the other hand the liberal opposition saw Roman law as superfluous for the study of law in general, and they would rather have the students read modern European comparative law. These parliamentary debates show the contemporary importance of the issue, and they brought politics and science in a very close unit, both unfolding at the floor of the Parliament.

The Norwegian texts on legal evolution and legal culturalism pointed to the understanding of Roman law as part of social evolution, thus making its importance more complex than only contributing to legal dogmatic. It pointed to the significance of the history of Roman law for the outlining of a general legal evolution which consequently gave Roman law a prominent theoretical place. Maine's *Ancient Law* is vital to this story, and the book is of course one of the great classics of legal academic scholarship. The rich intellectual background for the book has received ample studies ⁽²³⁾.

⁽²²⁾ The Parliamentary debate in the Records of Stortinget (the Norwegian Parliament): *Stortingstidende* OT 1869 pp. 642-653, LT 1869 pp. 488-494, OT 1869 pp. 995-1008, LT pp. 634-635. OT 1871 pp. 178-203, LT 1871 pp. 49-61, OT 1875 pp. 23-61 and LT 1875 pp. 21-30.

⁽²³⁾ R.C.J. COCKS, *Sir Henry Maine. A Study in Victorian Jurisprudence* (1988) Ch 3-4; Alan DIAMOND (ed), *The Victorian Achievement of Sir Henry Maine* (1991); of recent relevant literature on Maine and Roman Law thinking cfr. Nick O'BRIAN, *Something Older than Law Itself: Sir Henry Maine, Niebuhr, and 'The Path not Chosen'* in: «The Journal of Legal History», 2005, pp. 229-251.

My point here is only to stress that the book also may well be seen as a contribution to the ideology of Roman law, albeit a complex one. Maine sought to establish an understanding of Roman law that was more in accordance with general scientific standards, not only the traditional legal dogmatic one. This meant that Maine's interpretation of Roman law in no way was an internal English repetition of Savigny's normative classicism (as perhaps his article on Roman law from 1856 might be seen as) ⁽²⁴⁾. The Roman law of *Ancient Law* had only a relative relation to legal dogmatic; it addressed legal and social philosophy, and in so doing also addressed the character of modernity of law. On this point Maine was following the tradition of Hegel, not of Savigny.

The legal modernity presented in *Ancient law* was a theory of legal science as a theory on the evolutionary structural relation of law and society, and Maine maintained that this theory could not be established without the history of Roman law. The evolutionary qualities of Roman law were those exemplary qualities that were phrased in the general theory of legal evolution. Opposing some of the mid-Victorian literature on Roman law, Maine seemed to have less interest in the actual pedagogical and dogmatic outcome of Roman law studies, such as the model of abstraction, system and principles for legal science in general ⁽²⁵⁾. By connecting Roman law and social evolution, Roman law was deprived of the quality of exercising the role of a universal model. The model became that of the historical-evolution itself to which Roman law had to be measured and adapted. In this way Maine paradoxically resembled Austin: Roman law had to fit either a General Jurisprudence (Austin) or a general model of Legal Evolution (Maine). But still, both had *de facto* used Roman law as the most prominent material for the making of these competing models of academic legal science.

⁽²⁴⁾ MAINE, *Roman Law and Legal Education* (1856) in: *Village Communities* (3 ed.1876) pp. 330-383 cfr. Peter STEIN, *Maine and Legal Education* in: DIAMOND (ed). *The Victorian Achievement of Sir Henry Maine* (1991) Ch. 11 and M.H. HOEFLICH, *Roman and Civil Law and the Development of Anglo-American Jurisprudence in the Nineteenth Century* (1997) pp. 77-85.

⁽²⁵⁾ E.g. James BRYCE, *The Academical Study of Civil Law* (1871).

IV. *The culmination of legal ideologies of Roman law ca 1870-1900.*

From the 1870s the impulses from German legal science grew in importance in English and Norwegian legal science. This also affected the character of the discourses on Roman law, and until the turn of the century there was a culmination of the idea of Roman law as a model for contemporary law and legal methods. In order to analyse the Norwegian version of the Roman law ideology prior to the turn of century, the texts of Francis Hagerup (1856-1921) is most important ⁽²⁶⁾. He was professor in law, and simultaneously he served as Norwegian Prime Minister for several years. As initiator and editor of the foremost Nordic academic legal journal — *Tidsskrift for Retsvitenskap* (from 1888) — he exercised much influence. Hagerup was probably the most profiled Romanist in Nordic legal science at the turn of Century. In a number of monographs and methodological articles he argued in favour of the contemporary relevance of Roman law and the so called ‘method of the Roman lawyers’. The particular relationship between the historical contingency and the universal level of law was expressed in the familiar Roman ideological approach by construing a transhistorical entity of modernity and legal relevance encompassing classical Roman law and that of recent modernity. « The views of the character of contemporary legal science » were « valid to all times » and had once in the past been a reality in classical Rome. The quality of the Roman legal method was a conceptual reasoning taking into account the social realities of life ⁽²⁷⁾.

The Norwegian ideology of Roman law also had effects on the use of Roman law in the interpretation of different aspects of Norwegian private law. The relationship between the classical Roman legal sources and the Pandect dogmatic interpretations and constructions was not easy. The Norwegian legal scientists contributed very little to the legal historical research of ancient Roman law, and they could seldom take a stand on issues of these kinds. Rather,

⁽²⁶⁾ On Hagerup Dag MICHALSEN, *Hagerup* in: M. STOLLEIS (Hrsg), *Juristen. Ein biographisches Lexicon* (2001) pp. 273-275 and Sten GAGNÉR, *Hagerups Zeitschrift* in: Sten GAGNÉR, *Abhandlungen zur europäischen Rechtsgeschichte* (2004) pp. 615-750.

⁽²⁷⁾ Francis Hagerup, above note 1.

they concentrated on the following operational issue: How are we to interpret classical Roman law and the contemporary German Roman law in a way that would enable us to introduce Roman legal ideas and rules into Norwegian law? Roman law was not 'valid' in Norwegian law (as in German law). Consequently the definition of the legitimate quality of the Roman law as a source of law within Norwegian law became problematic. Therefore the *history* of Roman law was simultaneously an historical acknowledgment of the universal relevance of that law.

This construction in turn gave the lawyers the ideological argument for stating the general relevance of Roman law, ancient or as *Pandektwissenschaft*. Only then could one legally argue for a specific rule being introduced to Norwegian law according to a flexible legal source, such as utility, *Natur der Sache* or comparative law. Thus Roman law became a meta-law, part of those principles of law that could be applied when stating the content of law. As a result the whole world of Romanist debates in Germany (but also England and France) was introduced as an area under discussion. A famous debate in Scandinavia was that between Hagerup and the Dane Carl Torp on the concept of possession in which philosophical, cultural and legal arguments were blended⁽²⁸⁾. The theoretical issue was whether there was one concept of possession (as Hagerup maintained) or rather a variety of conceptual relations (as Torp argued)? The ideology of Roman law was a constant argument in favour of unity of legal concepts and of law and ultimately a unity of

⁽²⁸⁾ Texts on possession: Carl TORP, *Besiddelsen og dens Betydning i retlig Henseende* (1884), Francis HAGERUP, *Bidrag til Læren om Besiddelse* in: « Retstidende », 1884, pp. 289-316; Carl TORP, *Dansk Tingsret* (1892) pp. 42 sq. The Norwegian debate was both connected with the reception of Oliver Holmes' Common Law cfr. Francis HAGERUP, in « Tidsskrift for Retsvitenskap », 1915, pp. 315-316 and the German debate on possession (Ihering and Bekker), a debate that also existed in England, e.g. John M. LIGHTWOOD, *Possession in the Roman Law* in « Law Quarterly Review », 1887, pp. 32-53 (criticizing HOLMES, *Common Law*, Ch VI) but being answered by Henry BOND, *Possession in the Roman Law* in: « Law Quarterly Review », 1890, pp. 259-279, also with the opposite argument of that of the ideology of Roman law: « It would indeed be strange and disheartening if the legal system of the greatest nation of modern times [the English] could show no advance of that which was framed by the rulers of the world fifteen hundred years ago ».

legal modernity. In practical life this did not mean that Hagerup would favour all Romanist arguments or introduce any rule with Roman background. On the contrary, he was for instance sceptical to the rule of *traditio* as it contradicted commercial utility, existing legislation and decisions of the Supreme Court. But the legal mentality of the age demanded that the Roman legal material had to be consulted and given much weight before a final interpretation of law was undertaken.

Perhaps one could generalise this observation: This discourse became at the time a new meta language of legal science. The inclusion of the Romanist debates on private law into Norwegian law contributed to a more *complex concept of legal text* within legal science. These texts had several levels, both cultural, legal hermeneutical, and legal dogmatic; to these levels we may also add a symbolic one as the discourse of ideology of Roman law had in itself become a symbol for a coherent view on law, culture and science, and even politics.

In contemporary English literature the situation was naturally more multifaceted. Among the various contributions concerning the relationship between Roman law and Common law from the 1880s the writings of Thomas Erskin Holland (1835-1926) and James Bryce (1838-1922) are interesting because they rearticulated the ideology of Roman law according to the two models of analytical and historical Jurisprudence. In *The Elements of Jurisprudence* (1880) Holland defined jurisprudence as a formal abstract science aiming at uncovering ideas and principles underlying any legal system. This model of analytical jurisprudence was connected with the Roman past in a more direct way than Austin ever wrote: « For the beginnings of the science which reduces legal phenomena to order and coherence the world is indebted to the Romans »⁽²⁹⁾. In the writings of Cicero, Holland found « the clearest possible description of an analytical science of law »⁽³⁰⁾. In a number of other

(29) T.E. HOLLAND, *Elements of Jurisprudence* (1880) p. 2. In general Richard A. COSGROVE, *Scholars of the Law. English Jurisprudence from Blackstone to Hart* (1996) Ch 6.

(30) T.E. HOLLAND, *Elements of Jurisprudence*, p. 5. Cfr the interpretation by

aspects of his analysis of jurisprudence, Holland described a closer relation between Roman and Modern legal science than ever before in the analytical tradition.

James Bryce presumably represented the most significant ideology of Roman law in England at the turn of Century ⁽³¹⁾. In his collected essays on the subject *Studies in History and Jurisprudence* (two volumes 1901) the topic is an overall comparison between Ancient Rome and Colonial Britain with the epistemological assumption that it was possible to state that they were similar societies, a wide spread view at the time. Furthermore, the cultural-philosophical reconstruction of Rome was directly aimed at understanding and defining legal and social modernity. By comparing legal institutions and legal methods, Bryce found his ideal British legal world in Rome. Interestingly, the colonial aspect of his comparisons shows the distance to the German Pandect discourses. In many ways Bryce invented his own model *between* the analytical and the historical-comparative jurisprudence (even though he ascribed himself to the latter): His lofty comparisons were only possible because he did not include the radical model of social and legal evolution that was engraved in Maine's writings, especially after *Ancient Law*. Bryce defined the modernity of legal science as historical-comparative, rejecting the analytical model and emphasizing the practical tasks of jurisprudence. Those aspects which the mid-Victorian literature had stressed to be the universal modern features in Roman legal thinking — system, principles, logical consistency — did not have the same relevance any longer. Those qualities had to be seen under the heading of a larger category called 'consistence' signalling both theoretical and practical considerations ⁽³²⁾. Perhaps there is a paradox that an author like Bryce, who generally empha-

Maximillian HERBERGER, *Dogmatik Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz* (1981) pp. 46 sq.

⁽³¹⁾ M.H. HOEFLICH, *Roman and Civil Law and the Development of Anglo-American Jurisprudence in the Nineteenth Century* (1997) pp. 117-120; in general Richard A. COSGROVE, *Our Lady the Common Law: An Anglo-American Legal Community, 1870-1930* (1987) Ch 3.

⁽³²⁾ James BRYCE, *The Methods of Legal Science* in: *Studies II* pp. 172-208.

sized a practical legal thinking, had to bring this model into being by what seems to be full-fledged legal cultural metaphysics.

One of the most interesting aspects of the Roman law ideology at the turn of the century, both in Norway in England, was the introduction of the Roman Praetor into modern constitutional thinking. The homage of the Praetor had become evident at the end of 18th Century, and the idea had been suggested by a number of Germans writers, among others Savigny himself⁽³³⁾. But the function of this discourse varied in different countries. The 'modern praetor' of the late 19th Century seems to have had a connection with the critique of the legal quality of both court practice and legislation in England as well as in Norway. The praise for the Praetor was unlimited: In the Praetor, said Bryce, Roman law had « an advantage over [...] all modern countries » and he called Praetor « a unique figure in the history of human progress »⁽³⁴⁾. The arguments in favour of his possible renewed existence differed in relation to court and legislator. The English court system lacked the competence to sum up in a systematic fashion « the results of the natural development of the law », and in addition the court law was hampered by its « utterly unsystematic character ». In relation to the legislator something else was suggested: The critique aimed at focusing on the new impact of democracy on the quality of legislation, most did not aim at underscoring the necessity for democratic progress (although that might have been an underlying argument). Rather, having the sole responsibility for legislation, the Legislator should not take into account only political considerations, but also the scientific-technical ones. In the Praetor Bryce found a « tentative legislation » supported by its special « legal intelligence ». All in all, at the time it seemed that the modern principles of division of power could not satisfy the scientific and systematic responses to the challenges of the 'liquid' modern law.

Francis Hagerup argued along similar lines in favour of the re-

⁽³³⁾ C.F. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* I (1840) § 31 cfr. Eduard SCHRADER, *Die Prätorischen Edicte der Römer auf unsere Verhältnisse übertragen* (1815).

⁽³⁴⁾ For the following: James BRYCE, *Methods of Law-Making in Rome and in England* in: *Studies* II pp. 247-337.

levance of the Roman Praetor ⁽³⁵⁾. But Norwegian constitutionalism and Hagerup's preoccupation with the continental debates on legal methodology structured his texts in another way. Hagerup did not question the constitutional role of the legislative parliament; acknowledging the constant processes of social change he aimed at discussing how to coordinate the legitimacy of the legislator with the role of legal expertise. As Bryce, he was worried about the lack of interest in the (Norwegian) Parliament in the systematic legislative business (and both knew this from personal experiences). This was intensified by his constitutional view of the role of the court: The problem was, said Hagerup, that the court could *not* be legislative creative, thus opposing the views of the German free law movement. In the figure of Praetor, Hagerup, like Bryce, diagnosed the dilemma of the constitutional principle of division of power. Rome simply did not have this problem as the Praetor was offered legal space for a systematic legal application of the knowledge of the juridical expertise.

V. *The decline of the Roman law ideology in Law Quarterly Review and Tidsskrift for Retsvidenskab.*

The role of the Praetor points to an important part of the ideology of Roman law, namely the professionalization of legal science in the decades around the turn of the century. On the whole there are some interesting parallel processes of academic professionalization and specialization within the legal cultures in England and Norway at the time ⁽³⁶⁾. During the 19th Century the combination of political and academic positions had been the normal practice,

⁽³⁵⁾ E.g. Francis HAGERUP, *Det psykologiske Grundlag for Retten* [The psychological foundation of Law] in: « Tidsskrift for Retsvidenskab », 1907, pp. 1-14.

⁽³⁶⁾ For England cf. Stefan COLLINI, *Public Moralists. Political Thought and Intellectual Life in Britain 1850-1930* (1991) pp. 199-307, stressing the political aspect David SUGARMAN, 'A Hatred of Disorder': Legal Science Liberalism and Imperialism in: Peter FITZPATRICK, *Dangerous Supplements. Resistance and Renewal in Jurisprudence* (1991) pp. 34-67 and for Norway Rune SLAGSTAD, *De nasjonale strateger* [The national strategists] (1998).

as can be seen in the careers of the leading English jurists Maine, Stephen, Bryce and Dicey, and in the case of Norway, the careers of Schweigaard, Aubert and Hagerup. But the pressure from the university in the last decades of the century made this way of living more difficult. Furthermore, the new institutional setting of the legal education at the universities laid the foundation for another type of literary production; both more specialized than the role of the traditional cultural periodicals and daily newspapers and more theoretical than what was expected in the wide-ranging legal journals, which often included the reporting of court practice (like *Law Times* and *Retstidende*). This process must be seen as a consequence of the ongoing legal academical internationalisation and 'scientification'. Groups of legal scientists were now formed who perceived themselves as scientists and they produced legal journals to convey this social and intellectual purpose. Both in the Nordic countries and in England two new and very similar legal academical journals were launched: *Law Quarterly Review* (LQR) 1885 and *Tidsskrift for Retsvidenskab* (TfR) [Journal for legal science] 1888 ⁽³⁷⁾.

The structure of the two journals had interesting similarities. They were products of the idea of legal science that had originated in Germany and which, with much variety, had been transplanted to and reorganised in English and Norwegian legal cultures. The methodological articles contained arguments in favour of giving legal dogmatics new internal structures as they emphasized concepts, systems and principles, even though a new critical vein to this project is detectable, which altered the form of the legal text-

⁽³⁷⁾ On the origin of «*Tidsskrift for Retsvidenskab*» Sten GAGNÉR, *Hagerups Zeitschrift* in: Sten GAGNÉR, *Abhandlungen zur europäischen Rechtsgeschichte* (2004) pp. 615-750 and «*Law Quarterly Review*» Richard COSGROVE, *Our Lady the Common Law* (1987) s. 47-49 connecting it with «*Harvard Law Review*» (1887-), cfr also COLLINI, *Public Moralists* (1991) p. 269: LQR «was another example of the fragmentation of the shared culture of the mid-Victorian periodicals». On Pollock and LQR see now Neil DUXBURY, *Frederick Pollock and the English Juristic Tradition* (2004) pp. 309-323. On *Tidsskrift for Retsvidenskab*, cfr. Dag MICHALSEN, *The Making of a Public Legal Sphere. The Legal Journals of Norway in the 19th Century* in: M. STOLLEIS (Hrsg), *Juristische Zeitschriften in Europa* (forthcoming 2006).

book ⁽³⁸⁾. They also reflected the debates on legal sources and — especially as to LQR — codification ⁽³⁹⁾. Both journals offered many arguments in favour of the comparative study of law. Eventually, in both journals the ideology of Roman law was important for shaping the idea of an academic legal science ⁽⁴⁰⁾. As a result of different structures of Common law and Norwegian law there were many differences between the two journals, but on the whole they are surprisingly similar in academic outlook and function.

In *Law Quarterly Review* and *Tidsskrift for Retsvidenskab* the new critique of the ideology of Roman law also became apparent. In an article published in LQR 1890 William Buckland assessed the function of Roman law in analytical jurisprudence by criticizing the lack of historical dimension in its use of Roman law ⁽⁴¹⁾. The fallacy to deduce from similarities in words and terminology to similarities in historical realities was sharply observed. « The Roman law distinctions, though similar to ours in general result, are based on different considerations ». Logical analysis could not achieve any conclusions like those Holland had perceived. Furthermore, Buckland was critical to one of the main assumptions in Roman law ideology, namely that the conceptual thinking of the Roman lawyers had been a consistent unit and thus transferable to modern times. The recent historical research had shown that ‘Roman law’ enclosed a number of historical entities which made the notion of a modernity of Roman law difficult to uphold. It was a distinct critique of universal legal structuralism that affected the assumption of a ‘modern’ Roman law.

This critique was very ‘English’ as the discipline of analytical jurisprudence was not of any importance outside England. The cri-

⁽³⁸⁾ For England: A.W.B. SIMPSON, *Legal Theory and Legal History* (1987) pp. 303 sq.

⁽³⁹⁾ From the debates in « *Law Quarterly Review* » e.g. 1886 pp. 125-134 and *Tidsskrift for Retsvidenskab* e.g. 1897 pp. 241-312.

⁽⁴⁰⁾ To this issue see e.g. « *Law Quarterly Review* » 1885 pp. 425-442, 1887 pp. 32-53, 1890 pp. 259-279 and 436-445.

⁽⁴¹⁾ William Warwick BUCKLAND, *Difficulties of Abstract Jurisprudence* in: LQR 1890 p. 436-445. Buckland later became the leading English professor in Roman law (Cambridge in 1914), cfr. HOEFLICH, *Roman and Civil Law* (1997) p. 120-123.

tique of Frederick Pollock — the editor of LQR — had a broader scope as it was directly connected with the German debate between Romanists and Germanists, a debate which also affected Norwegian legal science immensely. The Germanic ideology of Otto Gierke was important in England as well. Pollock's complex relationship to Roman law has received attention in recent literature, this issues being part of the multifaceted link between Roman law and the debates on Contract and Tort Law in the second half of the Century⁽⁴²⁾. His *Principles of Contract* (1876) was part of the general reception of Roman law material and classifications in English contract law at the time, even though it would be wrong to denote it 'Romanist'. However, the publication of Oliver Holmes *Common law* (1881) and the subsequent construction of a new Anglo-American Common law ideology⁽⁴³⁾ had much impact on the understanding of Roman law.

This process is detectable in Pollock's many studies on the issue published in LQR, which nevertheless illustrate an ambivalence towards Roman law. One of these articles — *Vocation of the Common Law* — concerned two distinctions, that between English and American law and that between Common law and Roman law⁽⁴⁴⁾. The first distinction is shown to be illusory, the other very real. Pollock's reception of the historical-comparative model was connected with what I would call a 'cultural ontologization' as the differences between Common law and Roman law rose to an insurmountable height. In this historical and ideological interpretation, English law became 'more' Common law, 'more' Germanic and much less Roman. Common law and Roman law were constructed as two different worlds, 'two different systems'. Even though classical Roman law on property was 'far more modern' than contem-

(42) Neil DUXBURY, *Frederick Pollock and the English Juristic Tradition* (2004) e.g. pp. 189 sq. cfr D.J. IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations* (1999) Ch 12-13.

(43) Richard A. COSGROVE, *Our Lady the Common Law: An Anglo-American Legal Community 1870-1930* (1987).

(44) Frederick POLLOCK, *The Vocation of the Common Law* in: « Law Quarterly Review », 1895, pp. 323-336. For context: Neil DUXBURY, *Frederick Pollock and the English Juristic Tradition* (2004) Ch 4.

porary Common law, this did not force English law to adopt this modernity. It was wrong to demand « universal speculative supremacy for the Roman ideas and methods », it was wrong to try improving methods « by mixing them with others ». The difference in law was made by the cultural organic definition of legal tradition, and Common law and Roman law had different paths to modernity. Between them there could be no genuine communication: The Common law had to pursue its own ‘philosophy’ different from Roman law.

The writings of Buckland, Pollock (and a number of other authors) contributed to this striking relativization of the English ideology of Roman law, both within the analytical and historical-comparative jurisprudence. In Norway the new leading legal scientist Fredrik Stang (1867-1941) pursued a project rather similar to Pollock, although with interesting differences⁽⁴⁵⁾. Stang’s aim was to attack the predominating Roman law interpretation of Norwegian private law, as that of Hagerup. Instead, he in a general ideological manner held Norwegian law to be purely Germanic. He also included English law and English legal history (as presented by Maitland and Pollock) as Germanic. During the latter half of 19th Century English and Norwegian law had been seen as influenced by Roman law; now, both legal systems turned out to be Germanic. The writings of Otto Gierke had immense authority for Stang⁽⁴⁶⁾. Gierke’s critique of the first draft of BGB (1888) and the subsequent *Deutsches Privatrecht I* (1895) gave Stang the model for his reinterpretation of Norwegian legal history as a history of unfolding Germanic values. Also, it gave him the ideological view that private law should be « social [...] it should serve social purposes ». Finally, it gave him the cues regarding the qualities of Roman and Germanic law, the first being a capitalistic and mercantile law, the other collective and legislative active in character. The only excep-

⁽⁴⁵⁾ See Fredrik STANG, *Det tyske Udkast til borgerlig Lov* [The German Draft to Private Law] in: Tfr 1897 pp. 241-312; STANG, *Viljesdogmet* [Theory of Will in Law] in: Tfr 1905 p. 280-350; cfr. Sten GAGNER, *Hagerups Zeitschrift* (above note 37). Fredrik STANG, *Indledning til Formueretten* [Introduction to Private Law] (1911).

⁽⁴⁶⁾ In detail Dag MICHALSEN, *Rettsvitenskapens rettshistorie* in: « Tidsskrift for Rettsvitenskap », 2002, p. 309-435.

tion from this demonising of Roman law concerned the method of the Roman lawyers which Stang — also according to Gierke — gave a collective coherent universal quality in line with the view of the Romanist tradition since Savigny's *Vom Beruf*.

The Romanist view of Hagerup was a lost cause. Still, in a very impressive article in *Tidsskrift for Retsvidenskab* 1912 Hagerup argued for the prevailing contemporary relevance of Roman law and the 'Roman method' by criticizing the illusory differences between Roman and Germanic law, and certainly so in a Norwegian context (47). The symbolic capital of antiquity and Roman law was almost worthless after 1910, and in the decades to come Norwegian law was very much Germanized, with a slow change first occurring after 1965. The cultural reinterpretation after 1900 was rapid, and few argued. It is in many ways an amazing story about how fast historical cultural identities in law can change, contrary to evolutionary views concerning these levels of law.

In the Norwegian legal debate at the beginning of the 20th Century, views on the modernity of law were thus affected by this new cultural hierarchy between Roman and Germanic law. On the whole *the Germanic turn* in the history of the ideology of legal science in Norway and England had some interesting features. Firstly, it deepened the focus on the law of the Middle Ages in both countries, which in turn structured much legal historical research in the century to come. Secondly, it is a paradox that the source of stimulation from which this ideology came, namely German legal science, produced so to speak its own dwindling authority as the legal cultural Germanism was transformed into a nationalistic Germanised legal vision. In Norway this was noticeable later in the first half of the 20th Century as there was not much understanding among the legal elite for the fascistic ideological Pan-Germanism in legal thinking (with some minor exemptions). Thirdly, at the turn of the Century, the Norwegian legal Germanism was generally speaking more political than the English version. The writing of Fredrik Stang and his followers were explicitly connected with the aims of

(47) Francis HAGERUP, *Review Stang* in: « *Tidsskrift for Retsvidenskab* », 1912, pp. 177-202.

political social reforms and clear cut criticism of economical liberalism, when not of any Marxist kind. Presumably the English development was fixed on cultural and legal issues as the representatives of the historical-comparative method in England were politically sceptical to the politics of the new social sciences⁽⁴⁸⁾. This difference between Norway and England could be the result of diverse individual interests, but it could also be the result of the autonomous self view of Common law which had no equivalent in Norway. The Norwegian legal scientists were directly involved in the political-social elite, and institutionally they understood themselves as having the obligation to take part in the business of the State, not only that of law.

The equally political and cultural Norwegian Germanism had consequences for the debate on Roman law in the subsequent history of Scandinavian legal realism in the 20th Century. The connection between radical legal philosophy and radical legal politics was — as is not often recalled — also elaborated in the Swedish legal philosopher Axel Hägerström's (the founding father of the Uppsala branch of the Scandinavian legal realism) virulent criticism of Roman law⁽⁴⁹⁾. Aided by his strict and narrow philosophical definition of reality and of contemporary anthropological models, he maintained — through detailed analysis of Roman legal texts — that the legal doings of Roman lawyers (including the classical ones) had no connection with 'reality' as their legal thinking was based only upon subjective ideas that was pure magic: the Roman lawyers exercised merely animism, mana and magic. No historian of Roman law could (or would) take this quite seriously, but the effect on the general attitude to Roman law studies in Norway was obvious. Roman law, which had been the mark of legal modernity and the unified vision of law, had now become the very opposite. Schweigaard

⁽⁴⁸⁾ Stefan COLLINI, Donald WINCH, John BURROW, *That Noble Science of Politics. A Study in Nineteenth-Century Intellectual History* (1983) p. 213.

⁽⁴⁹⁾ Axel HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff* Vol I-II (1927, 1941) and HÄGERSTRÖM, *Das magistratische ius in seinem Zusammenhang mit dem Sakralrecht* I (1929). The most interesting interpretation of Hägerström's Roman law thinking, offers Geoffrey MACCORMACK, *Haegerströms's Magical Interpretation of Roman law*, in: « The Irish Jurist », 1969, pp 153-167.

would have recognised his own critique of Roman law, when not quite to this devastating kind.

VI. *Conclusion.*

The 19th Century discourses on the general relevance and contemporary meaning of Roman law in Norway and England are interesting both for its own complexity and for the many connections to other issues in law and legal science. Even though the Norwegian and English story starts with critics rather than with Roman law ideologists, Schweigaard and Austin formulated in a distinct manner *the issue* of the contemporary significance of Roman law. But exactly their resistance to any straightforward reception of the views of the German historical school, and their criticism to a clear cut use of Roman law in the outlining of their programs for legal science, formed a more multifaceted discourse on Roman law. Their complicated texts on legal science made the making of an affirmative Roman law ideology not an easy theoretical and practical task. How English and Norwegian lawyers dealt with German models of Roman law is also a good example of the immense intricacy of reception processes between legal sciences and between legal systems.

The Norwegian ideology of Roman law contributed to a more complex understanding of what constituted *Norwegian* law both in respect to temporal and cultural qualities. As Norway 1814 was ceded from Denmark after several centuries of union a new national state emerged. The law was at that time very much a Danish-Norwegian law and ceased only to be so around 1850. From then on Norwegian law attained new temporal qualities, and in this process the ideology of Roman law was most important. The coexistence of a Norwegian Roman and Germanic past promoted a thematization of the temporal structures of 'Norwegian' law stretching its time back to Old Norse history, and beyond that, connecting its story to the Roman past through the mechanisms of the Roman law receptions. Also, the 19th Century debate about the contemporary relevance of Roman law furthered the understanding of what was 'modern' law, and thereby giving the legal scientists and the legislators a sense of Norwegian law being part of Modern Europe.

These temporal qualities were closely connected with the cultural ones. The many cultural classifications that were involved in the ideology of Roman law, such as Norwegian/Danish, Norwegian/Roman, Roman/Germanic, Roman/Modern, all gave a rich context for the 19th Century's historical and contemporary interpretations of what composed Norwegian law.

As English law and English national identity was of a quite another character than the Norwegian, the function of the ideology of Roman law was different, and also vaguer. Still, reading the many legal, historical and ideological texts on the issue bring out some interesting traits. The discourses on the contemporary relevance of Roman law were part of the many reform debates concerning Common law, and they were part of the forming of a Common law identity in the course of the second half of the Century. Furthermore they were important in the shaping meta theories on legal science whether the analytical or the evolutionary-comparative kind. Compared to Norway, where a more sceptical attitude to classical studies is perceptible⁽⁵⁰⁾, the understanding of a contemporary significance of Roman law was facilitated by the strong classical *Bildung* in the English academic legal elite⁽⁵¹⁾, 'Rome' as a British colonial catchword is well known⁽⁵²⁾, and the colonial experience is fused with the discourse on Roman law in the central works by Maine and Bryce, aspects that would be impossible in Norwegian texts and which give a special identity also compared to the German writings. Still for both countries the 'Idea' of Roman law, the symbolic value of comparative law, the paradoxes of the political importance of a non-political staged legal science and the conviction of a needed international legal space all catch the lost world of a legal elite now gone.

⁽⁵⁰⁾ Sigmund SKARD, *Classical Tradition in Norway* (1980) Ch 10-12.

⁽⁵¹⁾ In general Christopher STRAY, *Classics Transformed. Schools, University and Society in England 1830-1960* (1998) Ch 5-6.

⁽⁵²⁾ Around 1900: E.g. Jose HARRIS, *Private Lives, Public Spirit: Britain 1870-1914* (1994) pp. 245 sq.

CARLOS PETIT

REVISTAS ESPAÑOLAS Y LEGISLACIÓN EXTRANJERA.
EL HUECO DEL DERECHO COMPARADO

I. Presentación. — II. Comparatismos y vocación científica de *La Escuela del Derecho* (1863-1865). — III. La oscilante apertura de la *Revista de los Tribunales* (1878-1894). — IV. El vuelco 'europeo' de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1883-1900).

I. *Presentación.*

Nación soberana, derecho nacional, legislador estatal, códigos y revistas jurídicas nacen en el siglo liberal y viven armónicamente durante décadas con algo más que una simple coincidencia de cronología. La nación fue cuerpo místico dotado de instrumentos legiferantes que produjeron códigos propios, difundidos y estudiados en las revistas... junto a las interpretaciones que impuso la justicia del Estado. A la novedad del derecho positivo, creado y aplicado por instituciones estatales, corresponde así la revista como novedosa consecuencia: pues en sus páginas se elaboraron los modos de expresión y de pensamiento que exigía el nuevo orden nacional.

Desde una perspectiva confluyente conviene recordar que el periódico como género literario, si no nacido, en todo caso florecido a lo largo del siglo XIX, reclamó una relación con el *tiempo* por completo diferente a la que otorgaba sentido al libro tradicional. Pues en los años del vapor y el sistema representativo parecía al fin que « los hechos han desterrado las ideas. Los periódicos, los libros. La prisa — la rapidez, diré mejor — es el alma de nuestra existencia [...] lo que no se hace de prisa en el siglo XIX, no se hace

de ninguna manera » (1). Y es que la época romántica reclamaba textos sincronizados con el peculiar ritmo revolucionario; escritos que convirtieran en *cultura* conceptos y realidades políticas — a comenzar por la misma *nación*, prosiguiendo de inmediato con el *derecho nacional* — hasta poco antes desconocidas. « ¿A quién debe aquel orador de café, que perora sobre la intervención extranjera, sus vastos conocimientos acerca de las intenciones de Luis Felipe, sino a los periódicos? », se preguntaba todavía el agudísimo Larra (*ibid.*), « ¿dónde aprendería, siendo español, lo que es un progreso? ¿En qué libro encontraría lo que quiere decir un *ministro responsable*, y una *ley fundamental*, y una *representación nacional* [...]? ». La respuesta, obvia, conducía al diario y las revistas.

El malogrado escritor romántico, lo mismo que otros observadores de tan colosales transformaciones — un *público*, al fin, que forma *opinión* y se comunica mediante las prensas — sabían perfectamente que el tratado *in folio* había perdido su vieja misión cultural. Antes que atesorar conocimientos en una lengua exótica al alcance de unos pocos privilegiados, antes que consagrar otra vez el principio de autoridad con un fárrago de citas y leyes polvorizadas, en el siglo del liberalismo se hacía necesario adelantar puntos de vista, ofrecer noticia de los cambios, responder con prontitud preguntas, pergeñar volúmenes... Por expresarlo en las palabras de otro pionero de la prensa española — no sólo jurídica — en aquellos años de Larra, el sevillano Joaquín Francisco Pacheco (1808-1865), un « elemento nuevo, peculiar de la civilización moderna, el *periodismo*, ha venido también a sumar su influencia vivificadora. Signo espontáneo de nuestra época, á todo se ha lanzado, todo lo ha invadido, sobre todo ha llamado la atención jeneral. El periodismo es la primer[a] necesidad moral de este tiempo: es el vapor y el camino de hierro de la intelijencia: es el gran vehículo y la gran palanca de la comun actividad que nos devora. No pidais libros á la jeneración presente: el periodismo los ha matado, como la im-

(1) Mariano José de LARRA (1809-1837), *Un periódico nuevo* (1835), en Id., *Artículos varios*, edición, introducción y notas de Evaristo CORREA CALDERÓN, Madrid, Clásicos Castalia (= vol. 70), 1976, pp. 441-449.

prenta mató á la escritura de los siglos anteriores. El primero que publicó un Diario, fué el continuador de Guttemberg » (2).

Bien mirado, se trata de la confirmación algo tardía del *Was ist Aufklärung* kantiano, con la dimensión conveniente al derecho moderno. Si los saberes jurídicos abandonan ahora el tracto histórico y encuentran en la *actualidad* su fuente de legitimación, si el derecho se expresa en conceptos y vocables desconocidos, las revistas no resultan entonces un simple instrumento de difusión de la norma y de animación de discusiones técnicas. Antes al contrario, los periódicos resultaban los únicos enterradores posibles del *buen y viejo derecho*: « la filosofía del siglo próximo [*b.e.* el siglo XVIII] lo ha reducido todo á duda y á cuestión », añadía al presentar su *Boletín...* el recordado Pacheco (p. 4); « finalizando todos los prestijios, ha puesto en la necesidad de rever y edificar de nuevo todas las instituciones. Este es el carácter del siglo que nos arrastra; y en vano quisiera la Lejislación escapar á su influencia reformadora, aun cuando no nos sintiésemos llevados hácia el mismo fin por la esperiencia mas desinteresada de los grandes defectos, de los grandes vacíos, de los grandes anacronismos que en aquella se contienen ».

Ahora bien, en los momentos de la gran transformación del método científico la *revista* ofrecía aún un terreno natural al ensayo y al experimento; era la palestra intelectual para luchar por una obra todavía inacabada que había de resistir la prueba de la prensa periódica antes de merecer la dignidad reservada al volumen autónomo. Otro pionero del género iusperiodístico, el jurista fundador de la Escuela Histórica — en la que, a la extraña manera nacional (3), militaba nuestro Pacheco — lo proclamó de forma decidida: « el paso del estado de ideas aisladas a los completos y buenos libros, se verifica sucesivamente y es, por tanto, muy lento las más de las veces [...]. La literatura de una nación no se da ni permaneciendo inmóvil, ni manifestándose parcial y exclusivamente en li-

(2) Joaquín F. PACHECO, *Prospecto*, en « Boletín de Jurisprudencia y Lejislación », 1, 1836, 1-6, p. 2.

(3) Sobre esta manera española, Antonio SERRANO, *System bringt Rosen: Savigny in der spanischen Kultur*, en « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte », 19, 1997, pp. 31-53.

bros y autores aislados; antes al contrario, se produce y anima continuamente por los sabios todos en comunidad y mutua acción y reacción con el público [...]. El papel de intermediario puede muy bien desempeñarlo una revista, pues ella, por la manifiesta comunidad de ideas de sus autores y colaboradores y por su frecuente y parcial aparición, está en condiciones de producir una impresión más viva que los libros especiales » (4). En otras palabras, la revista no solamente se convirtió en el *texto* de la nueva época; no sólo supo cubrir las necesidades de un ordenamiento construido día tras día sobre las ruinas de un régimen *antiguo*. La revista fue también el instrumento ideado por los juristas para elaborar un discurso común en torno a las normas y otorgarle así la categoría de *ciencia*.

La prensa del siglo XIX se nos presenta entonces como el privilegiado observatorio de algunas paradojas que condicionan el nacimiento y desarrollo del derecho liberal. Pues este derecho se concibe — por primera vez en la historia — como un ordenamiento estatal, esto es, geográfica y socialmente limitado; un sistema de normas diverso, cuando no opuesto, al de los Estados vecinos; y las revistas jurídicas hicieron cuanto pudieron por construir esa nueva dimensión nacional. Pero también el derecho, cada derecho positivo en concreto, resulta una pieza más dentro de un conjunto de categorías y conceptos carente de fronteras y sus reglas ofrecen material para diseñar modelos de técnica perfecta o captar relaciones. Contemplado desde semejante perspectiva comprenderemos muy bien el estupor del jurista científico (por ejemplo, de Rudolf v. Jhering) ante la experiencia del nuevo derecho estatal: « die Wissenschaft ist zu Landesjurisprudenz degradiert — eine demüthigende, unwürdige Form für eine Wissenschaft ».

Y es que « les législations représentent ce qui divise; le droit est ce qui unit et ce qui se rapproche » (5). Pero la tensión que, a un

(4) Cf. Friedrich Karl v. SAVIGNY, *Über den Zweck dieser Zeitschrift* (1815), esto es, la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, en la traducción de Emilio Atard (1908) que toman Pompeu CASANOVAS - José Juan MORESO (eds.), *El ámbito de los jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, 22-31, pp. 26-27.

(5) Son palabras del francés Raymond Saleilles (1865-1912), pronunciadas, no

tiempo, separaba y vinculaba la *legislación* con el *derecho* pudo plantearse desde perspectivas por entero diferentes.

En realidad, la divergencia se dio entre los dos principales modelos de ser y actuar como jurista, vigentes en la Europa del siglo XIX. Por una parte, encontramos la *posibilidad savignyana* de ejercer la profesión jurídica y publicar en la prensa periódica, tan patente en el manifiesto más arriba recogido. Según esta primera orientación, el Derecho sería aquel saber científico — por ende *universal* — que, gracias a las revistas y a un reflexivo programa de inexorable ejecución, presupone la existencia de una comunidad intelectual en principio ilimitada ⁽⁶⁾. Para el profesional *à la Savigny*, que tiene en la cátedra el espacio de trabajo más idóneo, los periódicos ofrecieron un vehículo de expresión necesario al avance científico mediante la discusión y el debate.

Por otra parte tenemos a especialistas de la pasta de Pacheco: un gran letrado y político conservador, conocido por sus brillantes discursos y autor de obras impresas ... que, en rigor, jamás fueron escritas ⁽⁷⁾. Pacheco es una muestra del que pudiéramos llamar *modelo oratorio* o *forense* de entender el Derecho, un conocimiento ahora más cercano de la tradicional *civilis sapientia* que de la emergente *Rechtswissenschaft*. El palacio de justicia y la tribuna parla-

por casualidad, con ocasión del congreso comparatístico de París; cf. *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, I, Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1905, p. 164.

⁽⁶⁾ Cf. el paso siguiente de la *Pandektenvorlesung* de Savigny (curso 1824-1825), en versión de Cristina VANO, 'Il nostro autentico Gaio'. *Strategie della Scuola Storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000, pp. 26-27: « il diritto consuetudinario, così come esistette allora a Roma, non può più comparire presso di noi [...]. Nei tempi più recenti, in luogo di un diritto consuetudinario è subentrata l'opinione dei giuristi; la comunicazione delle teorie giuridiche è qui il legame comune, e si forma qui sul piano scientifico un nuovo specifico organo del diritto consuetudinario [...]. Una nuova teoria, che venga riconosciuta come vera altrettanto generalmente della precedente, otterrà certamente anche vigenza, e un diritto non abrogabile in questo modo non può formarsi ».

⁽⁷⁾ Me refiero a sus conocidas *Lecciones* de derecho penal (1839-1840) y de derecho político (1844-1845) pronunciadas en el Ateneo madrileño, transcritas y publicadas posteriormente. La mejor biografía del autor se debe a Francisco TOMÁS Y VALIENTE en su estudio preliminar a las citadas *Lecciones de derecho político*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, VII-LV.

mentaria serían sus ámbitos naturales; la cátedra y los libros resultaban, como mucho, una actividad secundaria, dependiente de prestaciones profesionales ante todo orales y ‘codificadas’ en una pujante literatura ⁽⁸⁾. Dentro de tal contexto el afán periodístico del abogado liberal — un auténtico *hombre público* que concedía con su elocuencia valor y calor al texto muerto de las leyes — respondió a la cercanía existente entre la reposada actividad forense y el trabajo frenético del diarista: pues los periódicos eran el ágora donde resonaba el verbo de estos nuevos tribunales. Así se explica el contenido marcadamente jurídico (con « crónica de tribunales » y « crónica parlamentaria », más los comentarios respectivos) de la prensa dicha ‘política’, nunca demasiado apartada de las revistas especializadas: no fue casual que el mencionado Pacheco se ocupara — antes que nadie en España — del periodismo como género literario propio de los tiempos modernos ⁽⁹⁾.

De manera que el binomio *legislación nacional* — *ciencia jurídica universal* convive en la edad del liberalismo con ese otro binomio que opondría el *profesor* al *abogado* — lo que aceptaremos preliminarmente, sin negar el triunfo definitivo del ‘modelo cientí-

⁽⁸⁾ Limitándome al caso español, Fernando CORRADI, *Lecciones sobre oratoria...* (1843), Madrid, Eduardo Mengíbar, 1882²; Fernando DE LEÓN Y OLARIETA, *Consideraciones filosóficas sobre la elocuencia forense...* Valencia, Impta. de El Valenciano, 1862; Joaquín María LÓPEZ, *Lecciones de elocuencia en general, de elocuencia forense, de elocuencia parlamentaria y de improvisación*, I-II, Madrid, Impta. que fue de la Sociedad de Operarios, ahora de D.M. Gabeirós, 1849-1850 (hay nueva edición: *Oratoria...* Buenos Aires, Joaquín Gil, 1943, con la ventaja de su índice analítico); Emilio REUS BAHAMONDE, *La oratoria. Estudio crítico...* Madrid, Medina, ca. 1880; Pedro SAINZ DE ANDINO, *Elementos de elocuencia forense* (1827), Madrid, Impta. de la Sociedad de Operarios del mismo Atret, ⁴1847; Ramón SAURI Y LLEOPART, *Elocuencia forense*, Barcelona, Herederos Vda. de Pla, 1847; Enrique UCELAY, *Estudios críticos de oratoria forense. El foro y su elocuencia en Francia...* Madrid, Impta. de la Revista de Legislación, 1880; del mismo, *Estudios sobre el foro moderno...* Madrid, Vda. de J.M. Pérez, 1883.

⁽⁹⁾ Cf. Carlos PETIT, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Huelva, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 2000. Para el discurso (de ingreso en la Real Academia Española) de Pacheco, *Sobre el periodismo en sus relaciones con la literatura* (1845), cf. ahora Antonio SERRANO GONZÁLEZ, *Lectura romántica de la Constitución de Inglaterra*, en Andrea ROMANO (ed.), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del '700 e la prima metà dell'800*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 325-374.

fico' a finales de siglo. Ahora bien, la combinación de los elementos anteriores no parece en absoluto evidente, y ahí estriba una de las razones que hacen difícil la lectura actual de las revistas. Sería equivocado reprochar a los Pacheco y compañía (una cohorte de nombres notables: los Berryer, Favre, Dupin ... en Francia; los Mancini, Amore, Brofferio ... en Italia; los Cortina, Pérez Hernández, Aparisi ... en España) sus cortos logros científicos o la exigüidad de su producción jurídica, cuando estos grandes oradores, desinteresados por la posible naturaleza científica del Derecho, simplemente pusieron sus fuerzas al servicio general de la causa colectiva y de la defensa de sus concretos patrocinados. Las perplejidades del citado Savigny, sorprendido con las cosas que veía en Italia, nos ofrecen una muestra de ciertas incomprendiones pasadas que aún lastran el esfuerzo de la historiografía ⁽¹⁰⁾.

Tampoco resultaría útil limitar el dicho 'modelo oratorio' al horizonte estrecho de la legislación nacional. Según esta errónea impresión el jurista elocuente sería apenas un honesto abogado totalmente alejado de las innovaciones técnicas extranjeras o de los hallazgos del derecho comparado; por el contrario, debemos recordar que esos denostados prácticos fueron partícipes activos de una comunidad internacional y manejaron a la perfección los productos intelectuales de sus colegas extranjeros. La figura gigantesca de Cicerón, ahora nada casualmente redescubierto y así omnipresente en la memoria de los letrados liberales ⁽¹¹⁾, ejerció una generosa paternidad, coronada por el establecimiento de sólidos lazos fraternales entre los expertos de cualquier país civilizado. Autoridades clásicas y modernas, valores también comunes (pensemos en la oralidad del proceso o en la célebre libertad de defensa, con su secuela/garantía de la autonomía corporativa), corrientes de opinión generalizadas (bastaría evocar la campaña contra la pena de muerte), en fin, obras

⁽¹⁰⁾ Aldo MAZZACANE, *Pratica e insegnamento: l'istruzione giuridica a Napoli nel primo Ottocento*, en A. MAZZACANE e Cristina VANO (curs.), *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, Napoli, Jovene, 1994, 77-113, en especial pp. 87 ss.

⁽¹¹⁾ Según demuestran las recetas destinadas a su formación. La mejor para el caso español fue la de Joaquín M^a LÓPEZ, *Lecciones de elocuencia* cit. (n. 8). Sobre López, cf. Carlos PETIT, *Discurso sobre el discurso* cit. (n. 9), particularmente pp. 78 ss. de "Problemas y estilos del foro moderno".

de amplia repercusión (colecciones de causas célebres, tratados para la formación de abogados, recopilaciones de discursos políticos y arengas...) otorgaron cohesión a la abogacía y pudieron cultivar, más allá de las fronteras del Estado y de la propia ley nacional, una conciencia unitaria en el seno del foro europeo ⁽¹²⁾.

Por *ciencia* y por *profesión* las revistas del siglo XIX estuvieron, entonces, abiertas a toda suerte de experiencias jurídicas extranjeras ... aunque, en el segundo caso, antes gracias a la publicación de noticias judiciales de otros países o de algún alegato famoso que por la reseña del movimiento legislativo o la crítica del debate doctrinal. Queda todavía por precisar el grado de tal apertura y sus modalidades; la identidad de los títulos más sensibles; el rastro de sus protagonistas. Y queda también pendiente la cuestión de las peculiaridades del caso español en el seno del expandido *modelo forense*: como se sabe, la trabajosa construcción de aparatos estatales en un país desolado tras la crisis del Antiguo Régimen tuvo mucho que ver con la lentísima implantación de un ordenamiento legal renovado ⁽¹³⁾. El análisis de algunas revistas significativas tal vez pueda ofrecer aquí unas pocas respuestas, pero es fuerza reconocer que la imagen completa de nuestra cultura jurídica o el despojo completo de la prensa liberal se encuentra fuera de mis actuales posibilidades ⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ Desde luego, sirvieron a tal fin determinadas traducciones y obras de vocación comparada: cf. por ejemplo Mr. DUPIN, *La abogacía ó el arte del abogado, obra sacada de la que con el título de La Profesión de Abogado, escribió en francés el célebre jurisconsulto...* por Don Pablo CAMPOS CARBALLAR, Madrid, Impta. Alegría y Charlain, 1842; Jules LE BERQUIER, *Le barreau moderne, français et étranger*, Paris, Marchal, Bieband et Cie., 1882²; Enrique UCELAY, *El foro y su elocuencia en Francia...* cit. (n. 8), pp. 277 ss.; Leopoldo GONZÁLEZ REVILLA, *La Justicia y el Foro en las legislaciones comparadas...* Madrid, Góngora, 1906.

⁽¹³⁾ Últimamente, desde el sector que interesa, Fernando MARTÍNEZ, *La prensa jurídica y de las corporaciones jurídicas*, en Juan José FERNÁNDEZ SANZ (coord.), *Doce calles en la historia de la prensa especializada española*, Guadalajara, Asociación de la Prensa, 2004, pp. 9-32.

⁽¹⁴⁾ Excluyo de consideración, por estar bien estudiados, dos títulos relevantes al objeto de esta contribución: cf. Bartolomé CLAVERO, *Legislación universal para pueblos modernos (1868-1914): un programa de textos para una comunidad de naciones*, en Víctor TAU ANZOÁTEGUI (ed.), *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, Buenos

II. *Comparatimos y vocación científica de La Escuela del Derecho (1863-1865).*

Me interesa dar cuenta en primer lugar de una breve, casi olvidada publicación ⁽¹⁵⁾, nacida en 1863 y de repente muerta en 1865. Respondió al título, cargado de intenciones, *La Escuela del Derecho, revista jurídica dirigida por Don Cayetano de Estér, con la colaboración de eminentes jurisconsultos nacionales y extranjeros*: hemos de comprobar que, en efecto, la colaboración se dio, no faltaron eminencias y, con lo uno y con lo otro, la revista fue *escuela*. Alejada de la información jurídico-positiva más perecedera (se limitó a ofrecer a los suscriptores un *Boletín jurídico-administrativo*, obra del infatigable Marcelo Martínez Alcubilla), la *Escuela del Derecho* sobre todo fue una excelente miscelánea de artículos doctrinales ⁽¹⁶⁾.

Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, 32-55, sobre las empresas del jurista liberal Alejo García Moreno y la editorial Góngora, de donde salieron, por iniciativa de García Moreno (traductor de la monumental *Historia* de Theodor Mommsen), la *Revista de Derecho Internacional. Legislación y jurisprudencia comparadas* (1887) y la algo más duradera *Revista de Legislación Universal y Jurisprudencia española* (1902-1914).

⁽¹⁵⁾ Para todo esto me baso en un estudio anterior, que ahora sintetizo ampliamente a nuestros efectos: Carlos PETIT, *La Escuela del Derecho (1863-1865). Empeño de ciencia jurídica en la España isabelina*, en Antonio MERCHÁN, Gustavo PINARD (eds.), *Libro homenaje. In memoriam Carlos Díaz Rementería*, Huelva, Universidad, 1998, pp. 533-584.

⁽¹⁶⁾ La revista se publicó en fascículos mensuales (a veces dobles) de unas cien páginas, más tarde reducidas a ochenta, en 8º menor (16,4 por 9,5 cm.), formando tomo cuatro fascículos. Pero más allá de esta sumaria información, ofrecida — hace un siglo largo — por el meritorio Hartzenbusch (cf. Eugenio HARTZENBUSCH, *Apuntes para un catálogo de periódicos madrileños desde el año 1661 al 1870* [1873], Madrid, Biblioteca Nacional - Ollero y Ramos, rep. facs. 1993, pp. 343-345, sobre los periódicos activos en 1863), todo se complica. Los impresores fueron sucesivamente los madrileños Manuel Tello (calle de Preciados núm. 86), Manuel B. de Quirós (calle de San Juan núm. 54) y el sevillano J.M. Geofrín (calle Serpes núm. 35), por momentáneo traslado de la redacción a la capital bética; el baile de impresores y lugares sin duda explica que el pie de imprenta de las cubiertas en algún tomo no coincida con los datos que recoge su frontispicio. He accedido a varias colecciones (varía mucho la información que suministran, según estado de conservación y método de encuadernación), pero la más útil se encuentra en la Biblioteca de Filología y Geografía e Historia de la Universidad de Sevilla, signatura Rev. 114, que, aunque incompleta (faltan los fascículos II/1, mayo de 1863; III/1, septiembre de 1863; IV/3, marzo de 1864; IV/4, abril de 1864) es la única

Desde luego, la preocupación por la doctrina de que hace gala este periódico dista de ser una línea editorial exclusiva, mas lo cierto es que en la España isabelina la mera preocupación programática por la especulación jurídica exigía justificaciones. Para abrir las puertas literarias de la *Escuela* concurren unas circunstancias españolísimas: con un código civil inexistente, pendiente también la reforma del procedimiento criminal o de la casación y neonatos apenas las notarías y los registros, el *tópos* ‘nuevos tiempos ... nuevas leyes’ no podía faltar en la proclamación inicial de intenciones (17). De todas maneras, si preocupan en la revista unas cuantas leyes nuevas y otras que están por venir, si el derecho positivo español merece la atención de sus páginas, se trata de contar con una base legal para el análisis científico y de aprontar elementos que hagan posible la comparación. Algo más inesperado, pues hace apenas seis años que ha entrado en vigor la ley Moyano (ley de Instrucción Pública, 1 de septiembre de 1857), es el deseo programático de « una ley de enseñanza general, y muy especialmente de enseñanza del Derecho »: se advierte que « hay materias importantísimas que hoy no se cursan en nuestras universidades, ó cuyo estudio se hace con demasiada superficialidad », y en esta queja del redactor lo mismo caben esas « leyes forales » que contribuyen al atasco del código, según recuerda poco después desde las páginas de la revista una firma de primera fila (18), que el derecho internacional, la bibliografía general del Derecho, la historia jurídica o la legislación extranjera, esto es: una comparación de normas y doctrinas por encima de los límites que imponen la historia diversa y las fronteras de la geografía, lo que por entonces sólo ofrecía, peor que mejor, en el ciclo residual de estudios doctorales, la Universidad de Madrid, Central de España. Ahora bien, esa chocante pre-

con los fascículos 3 y 4 del tomo séptimo (1865); además se encuentra sin encuadernar, lo que ha preservado una información editorial muy valiosa y folletos y anuncios de todo tipo.

(17) Cayetano DE ESTÉR, *Pensamiento de la Revista*, en « Escuela », 1, 1863, [5]-9, p. 5.

(18) [José DE CASTRO Y OROZCO] Marqués DE GERONA, *Un recuerdo sobre el proyecto de Código civil publicado por el gobierno de 1851*, en « Escuela », 3, 1863, 5-17, pp. 16-17.

ocupación por la enseñanza — coherente desde luego en una publicación bautizada como *Escuela* — resulta, en último análisis, verdadero escrúpulo de *ciencia*.

En efecto, desde su primer fascículo la revista acredita un decidido empeño científico que, al margen ahora los posibles resultados, parece excepcional en los periódicos coetáneos, así como, en general, en los textos jurídicos españoles anteriores a los años Ochenta.

Si acudimos, a falta de la historia conceptual que el caso merecería, a un rápido repaso de los instrumentos principales, el panorama se nos presenta como sigue. *Ciencia* (« del latín *scientia*, y esta palabra del verbo *scire*, saber, tener conocimiento de las cosas ») es voz específica en la *Enciclopedia española de Derecho y Administración* (1855), pero se encuentra allí reducida, pues « no se sabe por recreo; sino también por deber », a la condición exclusiva de « objeto del derecho y de la administración »⁽¹⁹⁾. Aparece en las páginas de la citada *Enciclopedia* una epistemología que sin correr grandes riesgos podemos calificar de *doctrinaria* o *moderada*, para la que « en las ciencias no rigurosamente *naturales* [... sus] principios ó algunos de ellos son *convencionales*, hipotéticos », encontrándose entonces disponibles a gusto del legislador: sería el caso de « la *economía política* », que parte « del principio no natural; sino legislativo, de la propiedad territorial *acumulada*, ó de la *personal ó distribuida* », pero también de « la legislación, en sus diversos ramos [que puede partir] de la existencia ó no de *vinculaciones*, del *sistema dotal*, del de la *sociedad conyugal* de *gananciales*, ó del opuesto; por ejemplo, el de *bailío* ». En todos esos y similares sabe-

(19) Lorenzo DE ARRAZOLA (dir.), *Enciclopedia española de derecho y administración, o Nuevo teatro universal de la legislación de España e Indias*, VIII, Madrid, Impta. F. Andrés y C^a, 1855, 616-628. Los artículos no están firmados, pero los redactores de esta obra inacabada fueron las principales figuras del derecho y de la administración, a veces también del teatro, de la España liberal. Para años posteriores la consulta de Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española...* II, Madrid, 1886, 323-324, aporta poco: carece de la voz general 'Ciencia', y bajo "Ciencias exactas, físicas y naturales" o "Ciencias morales y políticas" se encuentra una escasa información sobre las respectivas reales academias. Ni tan siquiera eso encontramos en Joaquín ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, nueva edición... París, Librería de Garnier Hermanos, 1869, 450.

res, « desde que la administración, la legislación admite uno de estos sistemas, el sistema admitido es para todos una verdad indubitada, *un principio*, y de él se deducen consecuencias precisas, y ciertas, que es el carácter de la *ciencia* », con lo que, en conclusión, carece de rango científico cualquier propuesta o especulación alternativa al « principio » o « sistema » establecido *ex lege*. De todas maneras, la *Enciclopedia* no desarrolla tan limitado concepto de ciencia « en lo *jurídico* », pues sus ilustres autores se limitan a observar que « en este orden [del Derecho] todos los empleos, que no son mecánicos, salvo alguna excepción inconveniente, requieren por la ley estudios obligatorios, ó carrera literaria en el rigor de la palabra [...]. En lo *jurídico* también la palabra ciencia, tiene la acepción común que hemos manifestado al principio de este artículo; esto es, la de mera noción de las cosas, como igualmente la de pericia, en el sentido de ciencia por reglas y principios. Así decimos *saber* una cosa *propia ciencia*: haberse realizado un hecho á vista, *ciencia* y paciencia de alguno: testigos de *propia ciencia*, y de *creencia*, etc. ».

De manera que la *ciencia* del Derecho se resuelve en formación letrada de clases o profesiones y en circunstancia procesal que otorga validez al testimonio. Este resultado negativo es coherente con el diseño oficial que recibe la universidad liberal. Tras un meticuloso análisis de la producción literaria de los catedráticos de facultades jurídicas, Mariano Peset concluía hace unos años sobre la insólita presencia de los juristas académicos entre los publicistas más relevantes, los altos tribunales o las comisiones con competencias legislativas ⁽²⁰⁾. Al mismo resultado llegaremos siguiendo el rastro de las revistas universitarias ⁽²¹⁾. Sustantivos como ciencia, técnica o investigación, adjetivos como lo técnico o lo científico permanecieron totalmente ajenos al lenguaje de las normas educa-

⁽²⁰⁾ Mariano PESET, *Cuestiones sobre la investigación de las Facultades de Derecho durante la segunda mitad del siglo XIX*, en Joaquín CERDÁ, Pablo SALVADOR (eds.), *Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado: Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1985, 327-396.

⁽²¹⁾ Carlos PETIT, *La prensa en la Universidad: Rafael de Ureña y la Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (1918-1936)*, en « Quaderni fiorentini », 24, 1995, pp. 199-302.

tivas: ni siquiera la elaboración de una tesis de doctorado — más exactamente ‘un discurso doctoral’ sobre argumento predeterminado, según establecen los planes de estudio — encierra compromisos científicos (22). Y la falta de tales compromisos en el trabajo universitario aparece en las revistas contemporáneas, donde pudo llegar a proponerse, como uno de los posibles « medios de enaltecer á las Universidades y á los tribunales con motivo de la toma de posesión de plaza de magistrado », la concesión graciosa del « grado de doctor para todos los magistrados » (23). El acceso a las cátedras dependía solamente de la capacidad para impartir unas cuantas lecciones, sin concebirse siquiera en los reglamentos de las oposiciones un trámite de valoración de las publicaciones de los aspirantes (24). Sólo en puertas del siglo XX, tras la decisiva experiencia del Sexenio y el auge del krauso-positivismo, la investigación científica llegó a figurar entre los objetivos oficiales de la universidad española. Y otra vez la historia de las revistas nos permite documentar los cambios (25).

La obsesión comparatística que recorre el plan editorial de la *Escuela* bastaría por sí sola para situarnos, pues estamos precisamente en 1863 — cuando en Inglaterra cosecha sus mayores éxitos sir Henry Sumner Maine, cuando Édouard de Laboulaye imparte cursos sobre la Constitución de Estados Unidos en el Colegio de Francia, cuando Karl Mittermaier está a punto de publicar sus estudios en torno a la institución del jurado en América y Europa — bastaría aquella obsesión por experiencias institucionales extranjeras para guiarnos, entiendo, ante una corriente científica, presente

(22) Carlos PETIT, *La Administración y el Doctorado. Centralidad de Madrid*, en « Anuario de Historia del Derecho Español » [AHDE], 67, 1997, pp. 593-613.

(23) Pedro López CLARÓS, *Medios de enaltecer... Grado de doctor para todos los magistrados*, en « Faro Nacional. Revista de jurisprudencia, administración, tribunales, notariado e instrucción pública. Periódico dedicado a la magistratura, al foro y al profesorado de España y Ultramar », 7, 1863, pp. 447-449: concediendo un doctorado ‘de pompa’ a todos los jueces que tomen posesión serían recibidos y abrazados en las principales instituciones jurídicas madrileñas.

(24) Carlos PETIT, *El código inexistente (ii). Por una arqueología de la Civilística española*, en « Anuario de Derecho Civil », 46, 1996, pp. 1415-1450; del mismo, *Canseco y el Fuero de León*, en AHDE, 66, 1996, pp. 881-898.

(25) Carlos PETIT, *La prensa en la Universidad*, cit. (n. 21).

en cualquier país europeo, aunque en franco retroceso apenas una generación más tarde, que no tuvo demasiado que ver con códigos ni con dogmáticas: se trataba de ejercer un comparatismo difuso, de tendencias o culturas jurídicas dependiente de una ideología evolucionista orientada por las ideas de *civilización y progreso* ⁽²⁶⁾. « Este es el momento mas oportuno de publicar una REVISTA en que, tomando parte juriconsultos de todos los países, se debatan en amplia discusión todos los problemas de la ciencia, se dé á conocer el movimiento que en los grandes centros jurídicos se opera, y el estado de la legislación en todos los pueblos civilizados ».

« Con nuestra publicación, que, salvando los límites geográficos de las naciones, que no lo son para la ciencia, pondra en contacto á todos los que cultivan el Derecho en Europa, se difundirán los trabajos de nuestros juriconsultos, se fomentará el amor á esos estudios, se ilustrará la opinión sobre puntos aún controvertibles, y hasta quizás podamos contribuir á dar unidad á la ciencia y hacer que se fundan en unos sus principios ». Y finalmente: « nuestra REVISTA ofrecerá sus páginas por palenque; por objeto del debate el Derecho considerado bajo todos sus aspectos; los juriconsultos de todos los países por sostenedores; el público por juez. Hé aquí nuestro pensamiento » ⁽²⁷⁾. Cuando la revista lleva un año de publicación se difundirá un prospecto ⁽²⁸⁾ que destaca, con balance de resultados, la coherencia de esas intenciones primeras: « Tres tomos han salido á la luz. El sumario de los trabajos que contienen y los nombres que los suscriben, podrán dar una idea aproximada de la índole de la REVISTA, que, admitiendo en su seno todas las opinio-

⁽²⁶⁾ Aldo MAZZACANE u. Reiner SCHULZE (Hrsg.), *Die deutsche und die italienische Rechtskultur im 'Zeitalter der Vergleichung'*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995; Luigi CAPOGROSSI-COLOGNESI, *Modelli di Stato e di famiglia nella storiografia dell'Ottocento*, Roma, La Sapienza Editrice, 21994; Paolo GROSSI, 'Un altro modo di possedere'. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977; Okko BEHRENDIS (Hrsg.), *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, Köln, Otto Schmidt, 1993. Cf. en general, Antonio PADOA SCHIOPPA (cur.), *La comparazione giudica tra Ottocento e Novecento*, Milano, Istituto Lombardo, 2001.

⁽²⁷⁾ Cayetano DE ESTÉR, *Pensamiento*, cit., (n. 17), pp. 8-9.

⁽²⁸⁾ « La Escuela del Derecho. Revista jurídica », Madrid, Impta. de Manuel Bernaldo de Quirós, 1864. Se trata de un folio impreso que se conserva suelto en el fascículo III/4 (diciembre de 1863) de la colección utilizada.

nes sostenidas de un modo sério y levantado, ofrece á las inteligencias el mas amplio palenque para la discusión de todos los problemas del Derecho ».

El aficionado a la prensa jurídica española de mediados del siglo XIX sabrá apreciar la originalidad que encierran tales afirmaciones. Cuando se leen por primera vez esas palabras, año de gracia de 1863, se publicaban en Madrid otras revistas, y sus títulos no engañan ⁽²⁹⁾. Abundan los papeles destinados a defender intereses de clase y profesión (*Gaceta del Notariado*, *Gaceta de registradores y notarios*, *Boletín de Administración militar*, *Gaceta médico-forense*, *La propiedad y la fe pública*; parcialmente, incluso, otros títulos más heterogéneos, como la *Revista de Telégrafos*), y continúa saliendo algún periódico de alcance general, cuya cabecera pone el énfasis en las fuentes positivas (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, más su locuaz *Boletín*). Rodeada de tales publicaciones, la *Escuela del Derecho* llama poderosamente la atención. No sólo anuncian sus páginas una dedicación exclusiva a los estudios jurídicos, para lo que abundan como vemos los precedentes; no sólo destaca la falta de compromisos con una profesión determinada. Por encima de otras consideraciones, al lector actual de la revista de Estér le sorprende la ausencia del término *Derecho* en esos otros periódicos jurídicos: parece llamativa la falta de un concepto universal que no puede ni quiere confundirse, en el caso diverso de la *Escuela*, con sus particulares manifestaciones normativas.

El término *Derecho* marca así las distancias con el *Notariado* o con lo *Médico-forense*, a quienes se consagran íntegramente sendas *Gacetas*, pero se diferencia también de la *Jurisprudencia* y de la *Legislación* que publica y analiza una poderosa, aún afamada, *Revista General* ⁽³⁰⁾. Cuando se pone en marcha esta última publicación

⁽²⁹⁾ Cf. Eugenio HARTZENBUSCH, *Catálogo de periódicos*, cit. (n. 16), lista de periódicos de 1863 en pp. 343-345. También « Faro Nacional » (sexta época) 2 (2º semestre, 1864), 48, elenco de publicaciones periódicas madrileñas, tomado del diario *La Correspondencia de España*.

⁽³⁰⁾ Hay que lamentar la ausencia de una descripción de esta importante revista, abruptamente interrumpida en 1989 aunque en publicación, desde hace unos años, otra vez. Además de lo que aquí recojo *infra*, puede consultarse, en general, José M^a CASTÁN

(1853) los colegas de la prensa madrileña observan que « su plan no puede ser más ventajoso para la ciencia del derecho en nuestro país: discutir nuestro derecho, estudiar y comparar con nuestras leyes las leyes extranjeras, dar a conocer los derechos que se desprenden de un mismo acto practicado por diferentes individuos en distintas naciones »⁽³¹⁾. Con semejantes fórmulas de bienvenida no es difícil argumentar que, independientemente de sus propias manifestaciones, la nueva *Revista* aspiraba en exclusiva a discutir (es decir, masticar los guisos del legislador, anunciar el menú que prepara su cocina, corregir — cuando procede y se puede — la receta) de un derecho nacional todavía en ciernes, con auxilio ocasional de la anticuada *législation comparée* que ni siquiera ha faltado en la Francia del *Code Napoléon*⁽³²⁾.

Ciertamente, en la breve ‘Introducción’ que firman Miquel y Reus la vocación jurídico-comparada, de la que pende la naturaleza científica de la empresa, constituye un asunto recurrente⁽³³⁾. Sin embargo la andadura de la *Revista General* desmentirá esos buenos propósitos, que en nada quedaron, al menos durante los primeros treinta años de su larga vida. Más cercana a la descripción de los colegas que a las promesas de sus directores la flamante RGLJ se limita a ofrecer autorizados análisis y cumplida noticia del derecho positivo español, con marcada preferencia hacia el género de la

VÁZQUEZ, *Pequeña historia de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia (desde la atalaya de su centenario) (1853-1953)*, en RGLJ, 193, 1953, pp. 14-53.

⁽³¹⁾ Son afirmaciones del *Semanario del notariado de España y Ultramar*, recogidas por Antonio SERRANO GONZÁLEZ, *Revistas jurídicas en España: una cuestión de estilo*, en Víctor TAU ANZOÁTEGUI (ed.), *Revista jurídica en la cultura contemporánea*, cit. (n. 14), p. 95, n. 51.

⁽³²⁾ Cf. Fortune Antoine DE SAINT-JOSEPH, *Concordancia entre el código civil francés y los códigos civiles extranjeros* (1842), trad. Fermín VERLANGA HUERTA y J. MUÑOZ MIRANDA, Madrid, 1843 y ²1845-1847, con nuevo lanzamiento en edición dicha económica (Madrid 1852) cuando se encuentra en gestación la RGLJ.

⁽³³⁾ Ignacio MIQUEL y José REUS, *Introducción*, en RGLJ, 1, 1853, pp. V-XI, por ejemplo p. [V]: « los estudios legislativos no pueden permanecer como aislados y circunscritos á las estrechas fronteras de cada Estado, porque la ciencia es general y común a todos los países »; también, p. VI: « la ciencia ha tomado en estos últimos tiempos tal importancia, han ensanchado tanto el círculo, que se ha hecho preciso [...] dedicar todo nuestro cuidado al estudio de las legislaciones comparadas ».

consulta, tan cercano a los intereses de los prácticos: « fieles al título de REVISTA GENERAL que le hemos dado, aspiramos á que en sus páginas se traten científicamente y con la estension debida todas las cuestiones teóricas y prácticas de derecho español que ofrezcan mayor interés y sean de utilidad mas inmediata » (34).

Interés y utilidad inmediata. Desvinculadas la *legislación* y la *jurisprudencia* españolas de cualquier debate internacional entre juristas, las protestas « científicas » de la *General* nos resultan la puesta en circulación de aquellos postulados epistemológicos — tan modestos: *ciencia* como sistema oficial pendiente de principios que promulga el legislador, *ciencia* como formación técnica que habilita para el ejercicio de ciertas profesiones — contenidos en la *Enciclopedia ... de Derecho y Administración*. Y, en efecto, esta colosal *Enciclopedia ... de inmediato* suministra a la *Revista General* firmas, imprenta y colaboraciones (35).

Que no nos confunda entonces la *Revista General* con su proclamado comparatismo. Si los periódicos madrileños disertan « de la necesidad que hoy tienen los jurisconsultos de hacer estudios de derecho comparado », puede tratarse simplemente de un deseable progreso en los estudios de derecho internacional privado que nada tiene que ver con la apertura intelectual del jurista isabelino (36).

Tampoco exageremos ahora los efectos que cabe atribuir a la definición tortuosa del ordenamiento español. Tomándose muy en serio la falta de un código civil, las plumas mejores permanecen aún perplejas ante la eventual presencia del *absolutismo jurídico* en la España isabelina (37), cuando hubiera bastado con leer, para desha-

(34) *Ibd.* p. XI.

(35) Así, LORENZO ARRAZOLA, *De la codificación en las principales naciones modernas*, en RGLJ, 12, 1858, 39-50, 116-133, 193-223, 433-449, 593-625 y 746-768, que es la voz *Códigos extranjeros* de la *Enciclopedia* cit. (n. 19), IX, Imprenta de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia a cargo de J. Morales, 1856, 347-424.

(36) Manuel Jiménez PEÑA, *De la necesidad...*, cit. en « El Faro Nacional », 7, 1863, pp. 302-305.

(37) Y el animador principal de nuestra historiografía sobre las revistas (cf. PAOLO GROSSI, *Las revistas jurídicas: un vacío historiográfico que es necesario colmar*, en VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI [ed.], *Revista jurídica* cit. n. 14, 21-27) resulta también ser el primer analista del fenómeno: PAOLO GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano,

cer los posibles equívocos, cualquiera de los artículos que publican las revistas: a mediados del siglo XIX la estrecha relación existente entre la prensa especializada y la ciencia del Derecho se agota por entero en la operación de « vulgarizar la ley, hacerla accesible á todos ... Las obras y periódicos de jurisprudencia, apenas se promulga, esplican su sentido, examinan sus palabras, les dan la inteligencia mas acertada, y cuando casi no ha hecho mas que salir de las manos del legislador, la rodean de resplandores para que su luz ilumine los entendimientos de todos los que deben aprovecharse de sus beneficios »⁽³⁸⁾. Si el fracaso de la codificación dificulta el nacimiento de una tradición exegética⁽³⁹⁾, si así se explica además la ausencia de traducciones de los mayores intérpretes franceses⁽⁴⁰⁾, el auge del vetusto comentario legal — del que no llegó a librarse

Giuffrè, 1998. En relación al caso español, cf. aún Paolo GROSSI, *Alla ricerca di frammenti di verità. (Omaggio a Francisco Tomás y Valiente)*, en Bartolomé CLAVERO, *Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. XXX ss. sobre un « Tomás y Valiente statalista? » y así cauteloso ante la propuesta de Grossi.

⁽³⁸⁾ Mariano NOUGUÉS [SECALL], *Misión sublime de la imprenta en los asuntos jurídicos*, en « Faro Nacional », 1, [6ª época] 1864, pp. 5-6.

⁽³⁹⁾ Cf. Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, reseña de la obra de Benito GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español* (1862 y sucesivos, en RGLJ 21 (1862), 648-652: « si en España tuviéramos un Código civil modelado en la turquesa de la mayor parte de los modernos, sería ocasión de examinar si los libros dogmáticos... deberían ser reemplazados por cursos exegéticos [...]. Hoy el estudio exegético de nuestro derecho sería imposible en las escuelas [...]. Diremos más; si fuera posible hacer así el estudio no sería conveniente ».

⁽⁴⁰⁾ Constituye el único caso F[rançois] LAURENT, *Principios de derecho civil francés* (1869-1878), I-XXXIII, México y Puebla, F. Borroso Hermano y C^a, 1893-1900; con segunda edición en Puebla, J.B. Gutiérrez, 1919-1920. Ciertamente es que los juristas españoles del momento no tenían dificultades para utilizar la literatura exegética en su lengua original (cf. por ejemplo, *Catálogo por orden alfabético de autores, de las obras existentes en la biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid...* Madrid, Imprenta Nacional, 1860), pero la misma razón se daría — aun reconociendo la mayor presencia del Code en esas tierras — en la vecina Italia: cf. sin embargo Maria Teresa NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX, II: Repertorio*, Napoli, Jovene, 1986, con registro de traducciones — meros ejemplos — de Dalvincourt (1823, 1828, 1841-1842, 1842), Toullier (1823-1824, 1830, 1835-1844), Persil (1826), Troplong (1835-1837, 1836, 1839, 1839-1840, 1840, 1841, 1842, 1843-1844...), Duranton (1839, 1841-1845), Boileux-Poncelet (1841-1843), más un amplio etcétera que corona, cómo no, el belga Laurent (1879-1890, 1881).

nuestra *Escuela* ⁽⁴¹⁾ — es la versión española de un *absolutismo jurídico* que empapa aun sin código (ni ley) la mente del jurista nacional, no en último lugar como reflejo de la cultura que palpita en los periódicos. Así ajena a todo empeño de *ciencia*, el uso *absolutista* de las revistas jurídicas se convierte en deber que impone una exigente *Moral del abogado*: « la omisión de la lectura de los papeles oficiales un mes puede exponer al letrado a errores de fatales consecuencias. Por eso el abogado siempre tiene que estar sobre la ley, siempre con la vista fija en el legislador, siempre acechando las discusiones de los periódicos relativas a una ley proyectada, y las discusiones de las Cortes que son el comentario más auténtico de los preceptos del legislador » ⁽⁴²⁾.

En 1865 muere Joaquín Francisco Pacheco. Sin duda nos encontramos ante la firma española mayor con que cuenta la revista de Estér ⁽⁴³⁾. La prensa se hace eco de la pérdida, y la ocasión necrológica da pie a la reseña bibliográfica ⁽⁴⁴⁾. Después del Congreso jurídico de 1863, vigentes todavía algunas experiencias renovadoras — como, por ejemplo, la que representa nuestra *Escuela* — y cir-

⁽⁴¹⁾ Cf. Enrique SOLANO RITT-WAGEN, *Estudios sobre las leyes de Toro*, en « Escuela », 5, 1864, 16-36, 138-163 y 304-321, estimulado lógicamente por la tardía obra de Pacheco y detenido en la ley xxix.

⁽⁴²⁾ Antonio SERRANO GONZÁLEZ, *Revistas jurídicas españolas*, cit. (n. 31), pp. 101 ss., sacando partido del libro del mismo NOUGUÉS, *La moral del abogado* (1849), del que procede el fragmento (Serrano, p. 104). Cf. Fernando MARTÍNEZ, *La prensa jurídica*, cit. (n. 13), pp. 16 ss. con una revisión crítica de este estilo 'legalista' que se abría paso en las revistas.

⁽⁴³⁾ Alcanzó un éxito inmediato su trabajo *Errores judiciales*, en « Escuela », 1, 1863, pp. 11-12, comentado por colegas de la prensa (cf. BRGLJ, 18, 1863, 161) y reproducido por otros (« Faro Nacional », 7, [1863], 718-723; sobre la publicación en *El Foro* de Barcelona, una revista para mí desconocida, cf. BRGLJ *ibid.* 322). Circuló también, de Pacheco, "Penas infamantes. Argolla. Degradación", en *Escuela* 1, 1863, 318-330 y 2, 1863, 202-220, publicados, al parecer, en la curiosa *Revista Sevillana* (cf. BRGLJ 19, 1863, 243, 274; pero la lectura de la colección — incompleta — que de ese título custodia la Biblioteca Nacional, signatura D/357, sólo me permite localizar Arístides R. DE ARTIÑANO, *La pena de argolla*, n° 3, 25 de enero de 1863, 1-2).

⁽⁴⁴⁾ Enrique UCELAY, *Don Joaquín Francisco Pacheco, su vida y sus obras*, en « Revista del Notariado y del Registro de la Propiedad », 2, 1865, pp. 490-505. Allí se cita además la nota necrológica y bibliográfica firmada en la *General* por Pedro Gómez de la Serna.

culantes ya algunas traducciones decisivas, se repasa *post mortem* la producción profesional de Pacheco. El balance es paradójico, pues, de acuerdo todos en su gran autoridad como político y jurista, se sabe y se lamenta que Pacheco nunca quisiera abrazar la causa de la verdadera ciencia del Derecho. « El Sr. Pacheco, de espíritu eminentemente práctico, se ha dejado llevar con exceso de su afición al comentario, al método que se apellida en la ciencia exegetico. Temeroso sin duda de degenerar en lo que llamaba Napoleon ideólogos [...] desdeñó siempre el método dogmático, que traza el verdadero camino de la ciencia, que ha conducido en sus profundos trabajos á Savigny, Hugo, Mackeldey, Roeder y Mittermaier en Alemania [...] y que por desgracia en España no ha tenido ni tiene ningún representante digno de competir y militar al lado de aquellos esclarecidos y afamados escritores [...]. Cuántas veces, al recorrer las páginas de sus libros, no hemos podido ménos de preguntarnos: ¿cómo es que quien tan doctamente esplica la ley, quien se levanta por cima de ella, encierra y esclaviza su genio en los límites siempre reducidos del comentario? ¿Por qué el que podía dictar preceptos de razon al legislador ocúpase tan solo en esplicarle? ».

« Tal vez las doctrinas de su escuela, tal vez los azares de su vida política han sido parte á limitar sus trabajos como jurisconsulto, á acortar el vuelo de su ingenio ». La explicación del crítico admirador de Pacheco nos muestra un siglo y medio después los límites que atenazaban la afirmación de la *ciencia jurídica* en la España liberal. Con independencia del valor que queramos atribuir al Pacheco-hombre político como encarnación de aquel legislador impersonal que habría de disciplinar al mismo Pacheco, travestido ahora de jurista; al margen, entonces, de la complicada cuestión de relaciones entre los estudios jurídicos y la política, consustancial a la figuración doctrinaria del Estado de derecho y tan deudora, en España, del ilustre fallecido ⁽⁴⁵⁾, los observadores contemporáneos reconocen que Pacheco ha sido un aplicado aunque modesto hombre de leyes, que podía permanecer apegado a los hechos ... sin resultar por ello materialista; un autor de conocidos comentarios ...

(45) Joaquín Francisco PACHECO, *Sobre la conveniencia de preferir en la Academia los estudios jurídicos a las tesis políticas*, en RGLJ, 13, 1858, pp. 333-342.

sin ser propiamente exégeta; en fin, un jurista que admira el contenido científico de los códigos ... sin perjuicio de sentir una abierta repugnancia ante cualquier empresa 'metafísica' (46). Perfectamente sabían los contemporáneos que este orgullo del foro nacional nada ha tenido que ver con aquella otra forma de concebir y cultivar el Derecho, sintética pero no injustamente identificada con la Dogmática, propia de un Savigny, un Roeder, un Mittermaier. No nos interesan tanto las distancias que separan a Pacheco de esos tres grandes nombres, dos de ellos vinculados por cierto a la *Escuela*, cuanto sacar la conclusión que está implícita en aquella lectura retrospectiva de los escritos de Pacheco que vengo comentado: aun en los casos mejores, en España nunca se cultiva la ciencia del Derecho.

El análisis detenido de esta clase de figuras, todavía por hacer (47), acaso nos permitirá algún día mostrar las conexiones que existieron entre la ideología moderada, el comentario legal y el peso ligerísimo de la ciencia en la constitución moderna de España (48), pero la información que va recogida nos suministra unas pocas claves para apreciar, por contraste, el contenido y las firmas de la *Escuela*. Si la presencia de colegas extranjeros en un periódico jurídico no tiene que suponer sin más la adquisición de un estatuto científico, al menos en el caso que estudiamos la apertura hacia fuera constituye una intención editorial cumplida, en contraste con los comparatismos que prometía en vano la *Revista General*. Si en ese último título la noticia del derecho foráneo y sus autores como mucho resulta una circunstancia excepcional, por el contrario en la *Escuela del Derecho* el número tan elevado de colaboradores ex-

(46) Puede releerse, en este sentido, el elogio de Pacheco — tan encendido como coincidente, en sustancia, con las valoraciones de Ucelay — realizado por Antonio Cánovas del Castillo y recogido por Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Estudio preliminar*, cit. (n. 7), pp. 50-51.

(47) Además del recién citado trabajo de Tomás y Valiente, cf. Antonio SERRANO GONZÁLEZ, *Lectura romántica*, cit. (n. 9), útil para comprender el sentido jurídico del Pacheco dramaturgo.

(48) En el sentido y con el alcance que, para Alemania, estudió no hace mucho Pierangelo SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna, Il Mulino, 1987.

tranjeros hace de su participación un elemento de ‘estructura’ (49).

Y por ahí aparecen entonces los atributos científicos de nuestra publicación. La inadecuación de las fronteras estatales para marcar el debate entre juristas encuentra en sus páginas una oportunísima realización, entendida como militancia intelectual en torno a problemas que se quieren comunes, a ideas ampliamente compartidas. Los colaboradores de la *Escuela del Derecho* pueden tranquilamente analizar un dato de derecho positivo con independencia de su condición nacional y aun del idioma que les separa, pues todos han de compartir el lenguaje de la ciencia del Derecho.

He aquí un interesante ejemplo. Un trabajo de Pedro Gómez de la Serna (1806-1871) sobre las costas en el proceso criminal, aparecido en la *Revista... de Legislación y Jurisprudencia* (22 [1863] 367-376) tiene el interés suficiente para ser reproducido — con permiso de los interesados — en la *Escuela del Derecho* (2 [1863] 150-160). La excepcional colaboración de Gómez de la Serna con Estér tiene como fin permitir a este último dar a la luz una larga apostilla donde manifiesta una opinión contraria (160-171). Se trataba de dilucidar si las costas y gastos procesales en un pleito penal podían ser impuestos al que sólo es civilmente responsable, esto es, se encontraba en cuestión la exégesis del art. 24 del Código penal

(49) Ante todo italianos: Filippo Ambrosoli (1823-1872), Francesco Carrara (1805-1888), Pietro Ellero (1833-1933), Enrico Pessina (1828-1926), Giuseppe Setti; pero también franceses: Paul Bernard, Jules Lacoïnta, Victor Molinier; alemanes: Karl J.A. Mittermaier (1787-1867), Karl D. Augustus Roeder; belgas: Jean S.G. Nypels, y hasta juristas rusos: Constantin de Brochocky. Cf. en general « La Escuela del Derecho », cit (n. 28), con un elenco de ‘colaboradores’ donde figuran, junto a los nombres indicados, los italianos Filippo Serafini, Lodovico [sic] Bosellini, los franceses A. Bertauld y Ortolan, el alemán Hans y el portugués J. Marcellino de Mattos. De todos estos, Joseph Louis Eléazar ORTOLAN, conocidísimo en España (así, *La clave del derecho o síntesis del derecho* [1822], trad. por Fermín DE LA PUENTE APECECHEA, Sevilla 1845; *Curso de legislación penal comparada* [1841], Madrid, Biblioteca de Jurisprudencia y Legislación, 1845; *Tratado de derecho penal* [1856], trad. de Melquiades PÉREZ RIVAS, I-II, Madrid, López, 1878, 1895; y sobre todo *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano, con el texto de ellas, la traducción al lado y las explicaciones a continuación de cada párrafo* [1827], texto de uso universitario continuamente traducido y estampado, en Madrid y Barcelona, en 1847, 1872, 1874, 1884-1887, 1910, 1912 ...), era anunciado, junto al alemán Mittermaier, como « distinguidos juriconsultos... [que] están escribiendo para esta REVISTA acerca del estado del Derecho en Europa ».

español. Frente a Gómez de la Serna y la poderosa línea judicial que venía otorgando a la duda una respuesta negativa, Estér rechaza que la condena en costas sea pena accesoria, por lo que no habría la menor dificultad en imputar su pago al mero responsable civil del delito. De todas maneras, el director de la *Escuela* somete a Francesco Carrera la *vexata quaestio*, que el colega italiano, en línea con Gómez de la Serna, contesta mediante carta, hecha pública en la misma revista (2, 364-369). Estér aún publica *Algunas indicaciones con motivo de la carta del señor Francesco Carrara* (2, 370-376), donde presenta al maestro italiano como « jurisconsulto para quien la legislación española es tan conocida como la de su propio país » (p. 370). La polémica saltó a otros periódicos, pues « todos los que á la ciencia se dedican están en el deber de procurar la adquisición de la verdad »⁽⁵⁰⁾. Y es que, en opinión de Cayetano de Estér, « cuando se abriga una idea y se ve levantarse otra, rodeada de todo el prestigio de un nombre distinguido que, oponiéndose á la nuestra, no logra, sin embargo, destruirla, se tiene el deber de presentarla al público: si es verdadera, para que se haga patrimonio de todos; si no lo es, para que se nos convenza de ella, y borrarla de nuestra inteligencia, que siempre ha de estar pronta á recibir el bautismo de la verdad » (p. 161).

Mucho más que la participación en la polémica española del ilustre penalista toscano, al observador actual le sorprende, ante todo, la vivacidad de unas discusiones y su reflejo puntual en la revista. Los tomos de la *Escuela del Derecho* conservan otros testimonios, a un tiempo de colaboración extranjera⁽⁵¹⁾, pero también de

⁽⁵⁰⁾ Es declaración de P[edro] M[artín] LOSSANTOS, *De las costas y gastos del juicio en las causas criminales*, en « Faro Nacional », 8, 1863, pp. 191-193 (p. 191, para la frase recogida en texto), 202-203, 227-228, 237-239 y 245-246; Pedro GOTARREDONA, *Derecho penal. Mas sobre si pueden imponerse en una causa criminal los gastos del juicio y las costas procesales al que solo es responsable civilmente*, *ibid.* 340-342; P.M. LOSSANTOS, *Costas y gastos del juicio*, *ibid.* 420-422 y 438-440; Pedro GOTARREDONA, *Costas y gastos del juicio*, *ibid.* 555-556.

⁽⁵¹⁾ Cf. Vicente ROMERO Y GIRÓN, *Estudios acerca de la naturaleza y fin de la pena, basados sobre los opúsculos 'Si la pena debe ser un mal' — 'De la pena que mejora', por Car. Dav. Aug. Roeder*, en « Escuela », 2, 1863, pp. 91-96, donde la traducción del iusfilósofo idealista alemán se presenta (pp. 94-95) como refutación del punto de vista es-

controversia jurídica animadísima ⁽⁵²⁾. Y será esta afición por el debate, esta dimensión exquisitamente comunitaria de la opinión propia en Derecho — que lleva a abrir de par en par las puertas de la publicación al primer Congreso de Jurisconsultos ⁽⁵³⁾, que se anuncia constantemente como estilo o marca de la casa en sus fascículos y prospectos ⁽⁵⁴⁾ — lo que singulariza a la revista de Estér ante los

presado en la misma revista por Pietro ELLERO, *De la enmienda penal*, en « Escuela », 1, 1863, pp. 235-267 y 347-370.

⁽⁵²⁾ Cayetano DE ESTÉR, *Duelo y riña*, en « Escuela », 2, 1863, pp. 174-188, con réplica de Francesco CARRARA, *Duelo y riña*, *ibid.* 4, 1864, pp. 47-63, y dúplica de ESTÉR, *Algunas indicaciones sobre el duelo y la riña, con motivo de la carta del señor Francesco Carrara*, *ibid.* 4, 1864, pp. 64-69. Pero la controversia más encendida se relaciona con la publicidad en los juicios.

⁽⁵³⁾ [Redacción], *Congreso de jurisconsultos celebrado en Madrid, los días 27, 28, 29, 30 y 31 de octubre de 1863*, en « Escuela », 2, 3, 1863, pp. 97-163, con circulación como folleto independiente (Madrid, Imprenta de Manuel B. de Quirós, San Juan, 54, 1863, 71 pp. Manejo en ejemplar de la Biblioteca Nacional, Madrid, signatura V/C^a 803-29), más la nota de redacción “Revista”, *ibid.* 200-208. Encierra interés contrastar esa crónica del evento, tan atenta a las listas de participantes y al sentido de sus votos, con la versión sumaria de Aniceto DE PALMA LUJÁN, *Congreso de Jurisconsultos*, en RGLJ, 23, 1863, pp. 273-308 y la sumarísima de Mariano NOUGUÉS SECALL, *Congreso de jurisconsultos. Observaciones acerca del mismo y en especial sobre la materia de sucesiones*, en « Faro Nacional », 8, 1863, pp. 673-682, si bien este mismo periódico publica otras informaciones: así *ibid.* p. 65, circular de convocatoria; pp. 455-456, organización de las sesiones; pp. 526-528, resumen de las sesiones; pp. 543-544 y 558-559, más resúmenes, tomados ahora del diario madrileño *Las Novedades*. También, *Congreso de jurisconsultos peninsulares*, en BRGLJ, 17, 1862, pp. 380-384. Nada encuentro en otras revistas jurídicas, por más que a su empresa interesaran las discusiones del Congreso; cf. aún Eduardo BAZAGA, *¿Convendría uniformar la legislación de las diversas provincias de España en materia de sucesiones?*, en « Revista del Notariado y del Registro de la Propiedad », 1, 1864, pp. 310-319.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. « La Escuela del Derecho », cit. (n. 28): « Cuando se termine la publicación de los trabajos de Derecho penal del Sr. Roeder, comenzará una polémica sobre la naturaleza y fin de la pena entre los señores Pietro Ellero y D. Vicente Romero y Giron. Anunciamos tambien otra polémica sobre el Derecho de sucesiones entre los Sres. D. Francisco Permanyer y don Diego Alvarez de los Corrales », pero estas controversias no vieron la luz. En las tapas del fascículo I/3, marzo de 1863, se contiene una versión algo diferente: « En el número inmediato, último del primer tomo, se concluirá el artículo del Sr. Pietro Ellero y se insertará otro sobre el mismo asunto, aunque de ideas contrarias, del célebre jurisconsulto alemán Roëder [*sic*], comenzando desde luego una discusión sobre tan importante tema. Tambien en el próximo número darán principio

ojos escépticos de los contemporáneos: « Aunque por el espíritu exagerado de discusión que somete á veces á controversia los principios mas evidentes, suelen verse muy amenudo confundidas las verdades con los errores, estendiéndose las sombras en lugar de la luz por las regiones de la inteligencia, las personas de recto criterio pueden reportar grandes beneficios de estas discusiones [...]. Las diversas escuelas jurídicas que se disputan el imperio de la ciencia, despliegan sus armas y recursos en esta revista; y como hay todavía mucho que esclarecer [...] es muy útil para las personas ilustradas y reflexivas la lectura de estos trabajos; y en tal concepto, nos parece digna de elogio y recomendacion la *Revista* del Sr. ESTER: sin que esto impida el que alguna vez cuando el espacio y el tiempo nos lo permitan, espongamos nuestras opiniones contrarias ó diferentes en el terreno científico » (55).

Se trata de una publicación, si queremos, demasiado buena, que así debe quedar reservada cautelarmente a las ‘personas de recto criterio’: tal vez ahí resida la razón del silencio que guarda sobre la iniciativa de Estér algún sector de la prensa madrileña (56) (y

los debates que anunciamos en el número anterior, en los que tomarán parte los señores D. Francisco Permanyer y D. Diego Alvarez de los Corrales ». El debate es reclamo para lectores, y ante los lectores sus retrasos se explican: « Hemos creído preferible dejar para el número inmediato, primero del segundo tomo, el extenso artículo del Sr. Roëder [*sic*], y la polémica con el Sr. Pietro Ellero, así como tambien el importante debate sobre las teorías de las sucesiones, que como verán nuestros lectores queda abierto en el presente numero » (I/4, abril de 1863; cf. II/2, junio de 1863, excusando las colaboraciones de Permanyer). Con toda probabilidad Estér se refería a la nota *Tema de discusión*, en « Escuela », 1, 1863, pp. 391-392, siéndolo los límites a la libertad de testar: asunto estrella del Congreso jurídico de 1863 (cf. « Revista », cit. n. 58, p. 205: « se habría debatido en esta REVISTA tan ámpliamente como su importancia lo requería, á no tener que aplazarse esa discusión por haber sido llamado á desempeñar la direccion de los negocios públicos uno de los señores que en ella debían tomar parte », referencia al brevísimo paso de Permanyer por el ministerio de Ultramar: vid. « Gaceta de Madrid » de 8 de agosto de 1863) que conspiraba contra la elaboración de un código unitario.

(55) [Francisco PAREJA DE ALARCÓN], *La Escuela del derecho*, en « Faro Nacional », 7, 1863, 718, nota que da paso a la reproducción de Joaquín Francisco PACHECO, *Errores judiciales*, *ibid.* 718-723. Cf. J[osé] M[aría] PANTOJA, *Revista de la prensa jurídica*, en BRGLJ, 17, 1863, pp. 161-162.

(56) Cf. « Gaceta del Notariado Español », 5, 1863. La “Revista de la prensa jurídica” que publica este título sigue el movimiento del « Faro Nacional », la RGLJ, la

acaso el motivo de la ‘precipitada’ retirada de algún trabajo cuando el fascículo estaba por salir) ⁽⁵⁷⁾. Cuando la misión sublime de la imprenta en los asuntos jurídicos, que decía el *Faro*, no va mucho más allá de la humilde descripción de los productos legislativos, desde luego asustará la actitud de una joven revista, siempre dispuesta a convertir el parecer en discusión; incomodará el eterno probabilismo de un periódico irreverente, si la *ciencia* se concibe — recordemos — como *sistema de pensamiento oficial*. « Mal que les pese (a quienes “quieren cerrar las fronteras á cualquier institucion nacida en el extranjero [...] llenos de un amor nacional tan exagerado como ridículo”), la juventud, ávida de ciencia, la busca donde quiera que existe, y estudia igualmente en nuestras leyes de hoy que en nuestras leyes de ayer y en las legislaciones de todos los tiempos y de todos los pueblos u en las obras de filosofía; y en vista de lo que ha sido y de lo que es, y de lo que ilustres pensadores han consignado en sus escritos, comprende lo que debe ser, contribuye al adelanto del derecho, é imprime movimiento á la ley, para que avance al compás con que van marchando las naciones » ⁽⁵⁸⁾.

« Gaceta de registradores y notarios », « La Notaría », el « Boletín judicial de Galicia », el « Foro Valenciano » ... pero jamás se interesa por la « Escuela del Derecho ». Tampoco cita este órgano, limitándose al « Faro », cuando ha de dar noticia de los *Errores judiciales* de Pacheco; finalmente, las páginas de FRANCISCO PI Y MARGALL, *La Rabassa morta en Cataluña*, en « Gaceta », cit., 6, 1864, [469]-471, se dicen tomadas « de uno de nuestros colegas [periódicos] políticos » (¿tal vez « La Discusión », dirigido por el propio Pi y Margall?), sin referencias a la versión de la « Escuela », 6, 1864, pp. 165-172. En lo que hace a la prensa no jurídica, sólo conozco la rápida referencia, explicable por lo que va recogido, de *La Discusión. Diario democrático*, Madrid, viernes 15 de enero de 1864, “Gacetilla” en p. [3]: « La escuela del derecho. El número correspondiente á diciembre de esta revista jurídica, que con tanto acierto dirige el Sr. Ester, contiene importantes artículos de los señores marqués de Gerona, Ortiz de Zúñiga, Gómez de Teran y Pi y Margall, y del jurisculto francés M. Victor Mollinier [sic] ».

⁽⁵⁷⁾ Me baso en un anuncio que desliza la entrega II/2, junio de 1863: « Este mes se ha repartido la REVISTA con algun atraso, por haber tenido que retirar precipitadamente el extenso artículo con que terminaba el presente número ». Desconozco de qué puede tratarse, pues la falta del correspondiente a mayo de 1863 en la colección que ahora utilizo impide identificar, mediante la habitual descripción anticipada de la entrega sucesiva, esa conflictiva colaboración.

⁽⁵⁸⁾ [Nota de Redacción], *Revista*, en « Escuela del Derecho », 3, 1863, pp. 200-208, pp. 200-201.

Con tales antecedentes, la rica colaboración extranjera no sólo informa de otros derechos positivos para mejor ilustración del derecho nacional; no sólo satisface con ello un genérico prurito científico. Los autores no españoles aportan a la *Escuela del Derecho* el testimonio de tradiciones institucionales diversas, modos forenses y prácticas universitarias diferentes: en una palabra, suministran la distancia intelectual requerida para que algún español inquieto supere la tiranía literaria que imponen los intereses de clase y llegue incluso a conjurar el culto a principios ‘científicos’ que parecen fijados *ope legis*.

La complejidad que encierra toda discusión debe mucho a esos extranjeros, pero también a la larga nómina de autores españoles de la *Escuela*, periódico desconcertantemente plural. Aparte la presencia de catedráticos, significativa aunque residual ⁽⁵⁹⁾, la *Escuela del Derecho* llega a combinar los nombres más importantes del foro español ⁽⁶⁰⁾ con otros de publicistas simplemente conocidos ⁽⁶¹⁾, y no

⁽⁵⁹⁾ Destaca el político y jurista Manuel Durán y Bas (1823-1907), máximo representante — para bien y para mal — de la llamada ‘escuela histórica’ catalana, catedrático de ‘Derecho Mercantil y Penal’ en Barcelona, que publica en la *Escuela* uno de sus raros estudios penalísticos: *Las teorías individualistas en relación con el derecho penal*, *ibid.*, 6, 1864, pp. 5-40. También del claustro de Barcelona, José SAMSÓ Y RIVERA, *Consideraciones sobre la influencia de la filosofía pagana en el derecho romano*, *ibid.*, 7, 1865, pp. 161-186 y 241-246.

⁽⁶⁰⁾ Así, además del recordado Joaquín Francisco Pacheco, tal vez ahora accesible como antiguo compañero de estudios del padre de Cayetano de Estér en Sevilla, la lista de notables españoles incluye al magistrado y antiguo ministro de Gracia y Justicia José de Castro y Orozco, Marqués de Gerona, al también magistrado del Tribunal Supremo Joaquín Melchor y Pinazo (n. 1800), y, en fin, a Manuel Alonso Martínez (1827-1891), abogado, varias veces ministro y futuro responsable del Código civil (1888). Menos relevantes como publicistas, aunque titulares de cargos de importancia, fueron otros colaboradores: Vicente Ferrer, magistrado de la Audiencia de Barcelona; Nicolás Peñalver y López, regente de la misma institución; Ramón Gil Osorio, conocido fiscal de Madrid... Pero la estrella editorial de la revista es el magistrado sevillano Manuel Ortiz de Zúñiga (1806-1873), prolífico autor de libros y trabajos jurídicos, subsecretario de Gracia y Justicia (1843) y de la Comisión de Códigos entre otros muchos cargos, cuya asidua presencia en la «Escuela» — de nuevo me pregunto si Cayetano de Estér aprovechaba viejas relaciones paternas — tuvo gran repercusión en la prensa contemporánea.

⁽⁶¹⁾ Ante todo, el aragonés José Vicente y Caravantes (ca. 1820-1880), autor de

faltan aun abogados o jueces insignificantes ⁽⁶²⁾. Ahora bien, en el juego siempre relativo de lo grande y lo pequeño el lector actual obtiene la impresión de que acaso esos personajes menores hayan sido quienes mejor comulgaron con el espíritu teórico y crítico aportado por los colaboradores extranjeros ⁽⁶³⁾.

Autor sin duda menor es el director, Cayetano de Estér y Villanueva ⁽⁶⁴⁾. Malagueño de nación, aunque sevillano por ambiente familiar y de stirpe catalana, ve la luz en Coín (11 de agosto de

libros de texto, comentarista de códigos, continuador de algunas obras relevantes (*Librería* de Febrero, *Diccionario* de Escriche, *Leyes de Toro* de Llamas y Molina), exégeta principal de las leyes procesales. También el abogado y académico sevillano, en 1864 'oficial de sección del Ministerio de Gracia y Justicia', Serafín Adame y Muñoz (1828-1876).

⁽⁶²⁾ Así Lorenzo Arcos Orodea, redactor de unos « Anales de Beneficencia y Sanidad » (1860); Fermín Hernández Iglesias (1833-1908), doctor en Derecho, periodista, parlamentario y jefe de sección (Beneficencia) en el Ministerio de Gobernación, luego vinculado al Instituto de Reformas Sociales y al Consejo de Estado; José Moreno Fernández, médico forense en Sevilla; Diego Alvarez de los Corrales, cuyo nombre recogen los cronistas de la prensa sevillana entre los publicistas activos a comienzos de los Sesenta (cf. Manuel CHAVES REY, *Historia y bibliografía de la prensa sevillana* (1896), rep. facs. con presentación de Alfonso Braojos, Sevilla, Ayuntamiento, 1995, ref. 202, p. 151; ref. 207, p. 155) ... Salvo su condición de publicistas en las revistas del momento, nada sé de otros autores, más modestamente representados en la de Estér (Telesforo Gómez Rodríguez, Luís Gómez de Terán, R. de los Heros, Ramón Losada, Domingo Rivera, Juan de Morales Serrano, Juan Ortiz Gallardo, Nicolás del Paso Delgado).

⁽⁶³⁾ Desde luego es el caso de Estér, quien predica con el ejemplo enfrentándose a Carrara sobre las costas judiciales y el duelo, pero también habría que recordar el caso de Serafín ADAME, *Del derecho de penar*, en « Escuela », 2, 1863, pp. 20-36 y 336-363, que se dice adelanto de una *Historia filosófica del derecho penal* (p. 20, n. 1) no localizada (cf. sin embargo, de ADAME, *Curso histórico filosófico de la legislación española*, Sevilla, La Publicidad, 1854-1855, ²1874). Cf. también Lorenzo ARCOS ORODEA, *Exposicion y crítica del opúsculo de Car. Dav. Aug. Roeder, titulado ¿Debe ser la pena un mal?*, *ibid.* 7, 1865, pp. 36-131, con las conexiones que evidencia este título.

⁽⁶⁴⁾ Los datos disponibles a continuación proceden del expediente para la expedición del título de licenciado en Derecho a favor de nuestro personaje (Archivo General de la Administración, Alcalá de Henares, Sección Educación y Ciencia, signatura 468-2, caja 15692). Me han servido también sus expedientes académicos en las Universidades de Barcelona [*ad nom.*] y Sevilla [signatura 60-11-36]. Cf. aún Archivo Histórico Nacional (Madrid), Fondos Contemporáneos, Ministerio de Justicia: Jueces y Magistrados, siglo XIX, legajo 4392, expte. 2326, correspondiente a la breve carrera judicial del padre, Francisco de Estér y Saurí.

1838), donde su padre ejercía cargo judicial, cursa en Sevilla sus estudios medios (1848-1854) y casi toda la carrera de Derecho (1854 a 1859), trasladándose repentina y fugazmente a la Universidad de Barcelona (febrero de 1860), reclamado por asuntos de familia (Arenys de Mar). En Barcelona supera con excelentes resultados las últimas asignaturas y obtiene (mayo y octubre de 1860) los grados de bachiller y licenciado en Derecho (Civil y Canónico). Los abogados Pedro Rodríguez de la Borbolla (Sevilla) y Vicente de Romero y de Baldrich (Barcelona) contribuyen a la formación práctica del joven estudiante, que se acredita como colaborador de sus respectivos bufetes. Un nuevo traslado le lleva a Madrid, donde recibe la investidura como licenciado (15 de abril de 1861). En la Villa y Corte es muy probable que Cayetano se colocara bajo el amparo del poderoso Manuel Cortina (1802-1879), decano — toda una vida — del Colegio de abogados madrileño, dado que su padre, Francisco de Estér, había sido pasante de Cortina en Sevilla antes de ingresar en la judicatura. Si la posible vinculación con Cortina nos permite ahora explicar ciertas firmas de relevancia en la revista de un desconocido provinciano, no parece, sin embargo, que se tradujera además en un ejercicio profesional medianamente próspero. En 1862 la lista de colegiados presenta a Cayetano de Estér como abogado de pobres, domiciliado en calle de las Infantas. Al año siguiente su casa ha cambiado a la calle de San Vicente baja. En 1864, siempre como abogado en ejercicio, aunque no de pobres, localizamos a Estér en la plazuela de la Leña. Desde 1865 figura en las listas del Colegio como no ejerciente, seguramente a raíz de un definitivo traslado a Sevilla. Los cronistas de la prensa madrileña (Ossorio y Bernard) recogen la relación de Estér con *El Reino*, el diario de la Unión Liberal; su nombre, aunque no artículos de su firma, aparece también entre los colaboradores de la curiosa *Gaceta Médico-forense* (1863-1864) de Aníbal Alvarez-Ossorio y Pizarro. Esta probada vocación periodística es ya lo único que nos consta de la etapa hispalense del personaje, activo en mil y una empresas editoriales... siempre ajenas al mundo del Derecho (*La España literaria. Revista científico-literaria*, 1864; *La Zurra*, 1869; *El Mundo artístico, musical y elegante. Periódico dedicado al bello sexo*, 1871; *Revista Sevillana (segunda época). Periódico de Artes y Literatura*,

1872; *La Prensa. Periódico literario. Revista literaria ilustrada*, 1881-1883). No sé si alcanzó a ver el cambio de siglo.

La juventud y consiguiente ilusión de modesto abogado bastó, a lo que se ve, para poner en marcha una operación intelectual de envergadura, pero el moderno lector de la *Escuela del Derecho* descubre sin dificultad las razones de fondo de determinadas presencias. En efecto, el denominador común se encuentra en la campaña internacional para la abolición de la pena de muerte, noble causa que tuvo en Mittermaier, con quien Estér mantuvo una significativa correspondencia ⁽⁶⁵⁾, a un propagandista de relevancia. Cuando nuestra revista nace en Madrid uno de sus primeros autores, el italiano Pietro Ellero, llevaba dos años sacando desde Milán su *Giornale per l'abolizione della pena di morte* (1861-1865): periódico de combate que frecuentan Carrara, Pessina o Setti, tres colaboradores de *La Escuela* de conocida militancia abolicionista ⁽⁶⁶⁾, pero el *Giornale* recoge también, mediando las oportunas traducciones, páginas del profesor de Heidelberg ⁽⁶⁷⁾. Notas encomiásticas sobre Mittermaier, obra del belga Jean S.G. Nypels, circulan además en Italia lo mismo que por España, gracias aquí a la revista de Es-

⁽⁶⁵⁾ Se conservan en la colección del jurista de Heidelberg media docena de cartas (una de ellas, en francés, enviada por Enrique Solano, secretario de la revista), fechadas entre agosto de 1862 y noviembre de 1864. Se trataba de invitar al famoso publicista a publicar en el nuevo título, a lo que accedió gustoso, con tres contribuciones (cf. Carlos PETIT, *La Escuela del Derecho*, cit., n. 15, apéndice 2, pp. 575-584).

⁽⁶⁶⁾ Pietro ELLERO, *Della pena capitale* (1858), Venezia, Tip. del Commercio, 2ª ed. 1860; Enrico PESSINA, *Della vita e delle opere di Carlo Giuseppe Mittermaier*, Napoli, Stamperia della Regia Università, 1868; Francesco CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena* (1ª ed. 1860), Bologna, Il Mulino, 1993, pp. 436 ss, con conocimiento del español Manuel PÉREZ Y DE MOLINA, *La sociedad y el patíbulo, ó la pena de muerte histórica y filosóficamente considerada*, Madrid, Impta. de La Esperanza, 1854, contrario a la pena capital a fuer de integrista católico. Cf. en general Mario SBRICCOLI, *La penalística civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, en Aldo SCHIAVONE (cur.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, 147-232, pp. 163 ss. sobre los autores y las discusiones abolicionistas.

⁽⁶⁷⁾ Carlo MANSUINO, *Periodici giuridici italiani (1850-1900). Repertorio*, Milano, Giuffrè, 1994, n° 260, pp. 140-141. Cf. además Pasquale BENEDEUCE, *Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell'Italia liberale*, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 50 ss sobre el título en cuestión.

tér ⁽⁶⁸⁾: el elogio procede de unas *Publications de l'Association por l'abolition de la peine de mort* ⁽⁶⁹⁾, otro folio abolicionista rigurosamente contemporáneo al *Giornale* de Pietro Ellero. Tratándose la abolición de una cuestión delicada de política jurídica, que nunca abordan directamente sus páginas, la *Escuela del Derecho* no puede parangonarse a esas otras revistas militantes, pero la intención declarada en la selección de autores, unida a las inequívocas manifestaciones de Cayetano de Estér y sus colegas con motivo del primer Congreso jurídico madrileño ⁽⁷⁰⁾, hace del periódico que estudiamos — también ahora singular, comparado con el resto de la prensa madrileña ⁽⁷¹⁾; tan original aún, considerada cualquier bi-

⁽⁶⁸⁾ Cf. «*La Escuela del Derecho*», 4, 1864, pp. 201-220, que es algo más que una reseña de *Die Todestrafе*. Para el caso italiano, la *Vita di Mittermaier pel professore G. Nypels riportata dalla Belgique Judiciaire di Bruselle* va incluida en una *Miscellanea Germanica ad uso della più o meno prossima codificazione penale generale italiana, composta da Angelo Recchia vice presidente del Tribunale circondariale di Bari*, Bari, pei tipi di Gioacchino Gissi e Compagni, 1863; cf. Maria Teresa NAPOLI, *La cultura giuridica europea* cit. (n. 40), n° 1594, p. 407.

⁽⁶⁹⁾ Compruebo el extremo gracias a la «*Escuela*»: Victor MOLINIER, *Bibliografía*, *ibid.* 5, 1864, pp. 351-357, p. 355, n. 1.

⁽⁷⁰⁾ Cf. *Congreso de jurisconsultos*, cit. (n. 53), en particular la carta anónima dirigida a Pacheco (en realidad, una inteligente iniciativa de Francisco de Paula Canalejas) instando a la celebración de un congreso. La carta se detenía (pp. 98-99) en la discusión habida en el *Juristentag* de Berlín, precedente que quieren seguir los españoles, en torno a la abolición de la pena de muerte, resolviéndose en la capital prusiana «aconsejar á los legisladores que hicieran casi imposible la pena capital, a la par que amonestaron á los doctores para que influyeran en la opinión pública, curándola de esa rabiosa sed de sangre [...]». «Yo me pregunto» — concluía Canalejas, mostrándonos ahora que la polémica abolicionista estuvo en la base de la interesante convocatoria — «si tal discusión y tales predicaciones no serían convenientes y oportunas en estos países meridionales, tan dados á arrebatos de fantasía, tan propensos á considerar la ley del talión como ideal de justicia», aunque Canalejas se inclinaba por la pena de muerte. Cf. además p. 162, para la intervención de otro autor de la «*Escuela*», Serafin Adame, sobre la inclusión del problema de la pena capital en las ponencias de un próximo congreso. Una nota de redacción («*Revista*» cit. n. 58) lamentará el rechazo de la iniciativa valiente de Adame (p. 208).

⁽⁷¹⁾ Por toda Europa podía discutirse entonces la cuestión de la pena capital, pero las revistas de Madrid permanecen poco menos que indiferentes. Cf. por ejemplo Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, *Sobre la ejecución de la pena de muerte*, en RGLJ, 24, 1864, pp. 5-18, a favor de dicha pena aunque en contra de su pública ejecución; también, *De*

bliblioteca de la época ⁽⁷²⁾ — en el órgano español de un movimiento de opinión amplísimo, que no dejaría de producir por estos pagos su fruto en los años del Sexenio ⁽⁷³⁾.

La enemiga a la pena de muerte representa, en general, la sensibilidad de la revista de Estér por el derecho penal ⁽⁷⁴⁾. Estamos todavía lejos de periódicos de vocación especializada ⁽⁷⁵⁾, pero la *Escuela del Derecho* nos vale como título que se vuelca en las cuestiones penales, lo que sin duda favorecía, en la España de 1860, la

la pena de muerte. Carta de Victor Hugo con motivo de tratarse en Ginebra de la reforma de la Constitución local, en BRGLJ, 17, 1862, pp. 385-393, que se dice procedente de la *Independencia Belga* [sic]. Una voz abolicionista doblemente aislada — dentro del panorama español, pero también en relación al debate internacional — es la de Nicasio PERNIA BARBO, *De la pena de muerte*, en «Revista», cit., 25, 1864, pp. 275-287.

⁽⁷²⁾ Cf. *Catálogo de la biblioteca del Colegio de Abogados* cit. (n. 40). De Mittermaier sólo se registra el *Tratado de la prueba en materia criminal* (1821), en traducción española de 1851 (p. 105); no hay rastros de la amplia producción de Carrara, Pessina, Ellero, Ambrosoli, Nypels, Roeder ... Por supuesto, figura el sanguinolento, viejo panfleto de Francisco Agustín SILVELA, *Consideraciones sobre la necesidad de conservar en los códigos y de aplicar en su caso la pena capital ...* Madrid 1835 (p. 137).

⁽⁷³⁾ Cf. Manuel TORRES CAMPOS, *La pena de muerte y su aplicación en España*, Madrid, F. Góngora y Cia., 1879, folleto abolicionista (artículo en separata de otra protagonista de estas mismas páginas, la «Revista de los Tribunales») que ofrece un notabilísimo balance de la cuestión: si la Revolución de septiembre (1868-1874) conoce una media de ocho ejecuciones por año (con indulto del 70% de las condenas a pena capital), la Restauración se inaugura (1875-1879) con más de veinte ejecuciones anuales, esto es, un porcentaje de perdones que cae al 35%.

⁽⁷⁴⁾ Tiene interés observar que la revista ofreció como obsequio a suscriptores una traducción de *Die Todesstrafe* del admirado Mittermaier (cf. «La Escuela del Derecho» cit. n. 28). De esa traducción, difundida por entregas y así inacabada, se hizo cargo el secretario Enrique Solano; un fragmento de la misma (tres pliegos sueltos, páginas 49 a 96, esto es, final de notas del capítulo tercero, capítulo cuarto y arranque del quinto) se conserva aún entre los fascículos VII/3 y VII/4 (1865) de la colección de la Biblioteca de Filología y de Geografía e Historia cit. (n. 16). Pero el manifiesto abolicionista sólo vio la luz en una versión mexicana, más tardía (cf. *La pena de muerte considerada según las investigaciones de la ciencia, los progresos de la legislación y los resultados de la experiencia*, por M. Mittermaier... Traducido al español por Manuel RIVERA Y RÍO, México, J. Rivera, hijo & Cia., 1873).

⁽⁷⁵⁾ En nada quedó, salvo error por mi parte, el proyecto de «*La Reforma. Revista de derecho penal, dirigida por D. Serafín Adame y Muñoz con la colaboración de notables jurisconsultos nacionales y extranjeros*», por temática y animador ciertamente relacionada con la «Escuela». Conozco el prospecto, publicado, como *Bibliografía*, en «Gaceta del Notariado Español», 6, 1864, pp. 686-688. La causa abolicionista — en

arcaica situación legislativa del procedimiento criminal. Y así, comparada con la materia penal, que cultivan propios y extraños, nos parece casi irrelevante la atención prestada en la revista al derecho civil y mercantil ⁽⁷⁶⁾, el derecho político y administrativo ⁽⁷⁷⁾, la historia o la filosofía jurídicas ⁽⁷⁸⁾.

Pero esas salvedades no empañan la vocación penalística de la revista de Estér. Se diría que allí todo interesa cuando se trata de derecho penal, a comenzar por el viejo dictamen del Marqués de Gerona y Manuel Ortiz de Zúñiga con los motivos de la reforma del Código en 1850, que Estér rescuita y publica con un éxito inmediato ⁽⁷⁹⁾. Preocupa el fundamento del derecho de castigar (Arcos, Adame, Carrara, Roeder-Romero Girón), punto continuamente debatido en las universidades por esos años, la legislación y la doctrina extranjeras (Ambrosoli, Bernard, Mittermaier, Molinier, Pessina), la tentativa y la enmienda (Carrara, Ellero), la gracia del indulto (Gil Ossorio, Gómez de Terán), el proceso criminal (Ferrer, Huet, Losada, Melchor, Peñalver), la pena y las penas (Navarro, Pacheco); muy excepcional, sin embargo, la consideración de deli-

clave cristiana — y la reforma penitenciaria — en clave correccionalista — constituían el programa del fracasado periódico.

⁽⁷⁶⁾ Marqués DE GERONA cit. (n. 18); Fermín HERNÁNDEZ IGLESIAS, *La ley hipotecaria. Precedentes*, en « Escuela », 3, 1863, pp. 190-199; Nicolás DEL PASO Y DELGADO, *De la rescisión de los contratos por lesión enorme ó enormísima*, *ibid.* 2, 1863, pp. 5-19; José VICENTE Y CARAVANTES, *Derecho mercantil. Sobre los bienes de la mujer casada comerciante que están obligados a las resultas del tráfico*, *ibid.* 7, 1875, pp. 17-35; Enrique UCELAY, *De los efectos de la legitimación*, *ibid.* 7, 1865, pp. 187-196.

⁽⁷⁷⁾ Juan DE MORALES SERRANO, *De los reglamentos generales para la aplicación de las leyes*, en « Escuela », 6, 1864, pp. 46-60.

⁽⁷⁸⁾ Jules LACOINTA, *El pretor romano*, en « Escuela », 5, 1864, pp. 37-63, 114-137, 195-229 y 294-303; Juan ORTIZ GALLARDO, *Combinación del elemento filosófico con el histórico para la solución de los problemas del derecho*, *ibid.* 1, 1863, pp. 268-274; Domingo RIVERA, *Estudios histórico-legales. Influencia política y condición social del clero en el período de la monarquía visigodo-católica*, *ibid.* 4, 1864, pp. 136-179; José SAMSÓ Y RIVERA, *Consideraciones sobre la influencia de la filosofía pagana en el derecho romano*, *ibid.* 7, 1865, pp. 161-186 y 241-260.

⁽⁷⁹⁾ Cf. [José María PANTOJA], *Revista de la prensa jurídica*, en BRGLJ, 19, 1863, pp. 659-661, íntegramente dedicadas a « La Escuela » y casi totalmente al extracto del informe de Castro y Ortiz de Zúñiga; *ibid.* 20, 1864, 17-24 (pp. 17-22, con continuación del extracto) y 97-104.

tos en particular (Gil Ossorio), pues la preocupación por el duelo (Brochocky, Carrara, Estér), una conducta cuyo arraigo social exige reflexiones sobre los límites mismos de la represión del Estado, resulta coherente con la inquietud teórica o generalista de la *Escuela*. Una creciente afición por la estadística criminal, que aquí aflora en páginas de discusión bibliográfica pero que también figura en el debate abolicionista, funciona como el hilo intelectual que conecta el derecho penal filosófico con la criminología positiva que está a punto de venir. Es la misma afición prepositivista que acerca la *Escuela del Derecho* a la medicina legal: hacia una nueva y fugaz revista, a esa *Gaceta Médico-forense* de horizonte también internacional, en cuyo cuadro de colaboradores no faltan Cayetano de Estér ni alguno de sus autores ⁽⁸⁰⁾. Y finalmente, el género popular de la causa célebre, manifestación del ‘modelo forense’ y tan caro a la revista ⁽⁸¹⁾, acentúa por su parte esta inclinación monográfica por el ordenamiento penal: he ahí el trasfondo de la viva discusión que levanta Manuel Ortiz de Zúñiga al interrogarse sobre la publicidad en los juicios ⁽⁸²⁾.

⁽⁸⁰⁾ «Gaceta Médico-forense. Revista científica dedicada al exámen teórico-práctico de todas las cuestiones propias de la higiene pública, medicina legal y de la legislación relativa á estos ramos, y a la defensa de los intereses generales del cuerpo de médicos-forenses»; publicada dos veces por mes (el primer número corresponde al 15 de marzo de 1863), bajo la dirección del citado Aníbal Alvarez-Ossorio. Consulto la colección de la Hemeroteca Municipal (Madrid), signatura AH 10/5, n.º 2019, que llega hasta el n.º 30 (15 de junio de 1864). Además de Estér y de Moreno Fernández, la lista de colaboradores incluye a Serafín Adame; sólo éste y Moreno se comparten con la «Escuela». Por lo demás, la «Gaceta» promete desde el comienzo la asistencia de «colaboradores extranjeros», que «han puesto á nuestra disposición todos sus trabajos científicos para que los reproduzcamos en la Revista», y, en efecto, en los números sucesivos se traducen artículos franceses.

⁽⁸¹⁾ Así, remotamente, Joaquín Francisco PACHECO, *Errores judiciales*, cit., (n. 43), con la mente puesta en el proceso de Rosalía Dolce, famoso error judicial francés que también ocupa a Nicolás PEÑALVER, *Reflexiones sobre la prueba en los procesos criminales*, en «Escuela», 1, 1863, pp. 142-178; y directamente [Redacción], *Proceso de La Pommerais*, *ibid.* 5, 1864, pp. 246-287 y 358-380. Este caso de parricidio interesa también a la «Gaceta Médico-forense», 1864, pp. 451 ss. (sin concluir).

⁽⁸²⁾ Cf. Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Publicidad de los asuntos judiciales*, en «Escuela», 1, 1863, pp. 197-234, proseguido por Joaquín MELCHOR Y PINAZO, *De la censura pública de la cosa juzgada por medio de la imprenta*, pp. 293-317, y Vicente ROMERO

En ese su natural terreno de acción penalístico la *Escuela del Derecho* se nutre entonces de doctrina extranjera, y entre extranjeros sus artículos circulan. Ha podido contribuir Mittermaier, que destaca desde la revista literaria de Heidelberg la calidad del joven título español — y la singularidad de un ordenamiento continental, pero afín al *common law* en su actual forma descodificada⁽⁸³⁾; « apreciaciones », a juicio de Estér, « tal vez demasiado benévolas las que se refieren á los jurisconsultos españoles, y algun tanto severas las que á algun escritor extranjero se dirigen, en particular al Sr. Carrara, en quien reconozco una superior ilustracion, por mas que no esté muy conforme con muchos de sus principios »⁽⁸⁴⁾. Y por eso la *Escuela del Derecho* ha jugado un interesante papel infor-

Y GIRÓN, *Publicidad de los asuntos judiciales*, pp. 331-346; la magnitud teórica y práctica de una cuestión que concierne a los principios del proceso, la dignidad del magistrado y la libertad de expresión, pero también al popularísimo género periodístico que provocaba cuestiones de límites entre todos esos principios y derechos, suscitó otras intervenciones: F[rancisco] PAREJA DE ALARCÓN, *Opiniones exageradas y erróneas sobre la publicidad de los negocios judiciales*, en « Faro Nacional », 7, 1863, pp. 57-58; también Nicolás PEÑALVER, *Sobre la ligereza y deplorable inconveniencia con que se tratan hoy en la prensa los asuntos de los tribunales*, *ibid.* pp. 449-454 y 457-459; J. López SOMALO, *Sobre la inconveniencia de llevar á la prensa la discusión de los asuntos judiciales*, en BRGLJ, 18, 1863, pp. 145-147.

⁽⁸³⁾ Cf. Dr. F.M., *Neue Zeitschrift für Rechtswissenschaft in Spanien*, en « Heidelberg Jahrbücher der Literatur », núm. 42 y 43 de 1863 (56, 1863), pp. 670-672 y 673-674. Con la peculiar casación española por infracción de doctrina legal, la aproximación al derecho inglés pudieron realizarla también juristas nacionales del momento: vid. Carlos PETIT, *El Código inexistente (i). Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX*, en « Anuario de Derecho Civil », 48, 1995, pp. 1429-1465, pp. 1454 ss, pero ahora conviene recordar que aquella opinión de Mittermaier se encontraba apoyada en un conocimiento directo de las fuentes y de la bibliografía españolas, posible por la publicación de su justamente famosa « *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* » (por ejemplo [Karl] MITTERMAIER, *Das spanische Handelsgesetzbuch*, *ibid.* 2, 1830, 482-488; 3, 1831, 74-88, etc. También, del mismo, *Das spanische Handelsgesetzgebung*, *ibid.* 6, 1843, pp. 381-409, sobre la ley de la Bolsa; *ibid.* 3, 1831, pp. 306-310, que es nota de Gustav HÄNEL sobre los *Elementos de historia del Derecho Romano* de José MUÑOZ MALDONADO, 1827; *ibid.* 19, 1847, 16-41, Hänel cit., a propósito del *Tratado elemental del derecho civil romano y español* de Ramón Martí de Eixalá, 1838).

⁽⁸⁴⁾ Cf. Carlos PETIT, *La Escuela del Derecho*, cit. (n. 15), apéndice segundo, núm. 3 (21 de enero de 1864). También núm. 6 (Sevilla, 10 de noviembre de 1864), re-

mativo en el cruce de opiniones entre Roeder y Carrara a propósito de la enmienda del reo, dilucidado más tarde, con el énfasis puesto en la existencia de una verdadera *scuola italiana*, en la *Rivista Penale* de Luigi Lucchini ⁽⁸⁵⁾.

Abolicionista, polemista activo y prolífico autor de libros y artículos Francesco Carrara, *caposcuola* que aún alcanza como vemos la *Rivista* de Lucchini, es el principal colaborador foráneo de Cayetano de Estér. Intercambios compartidos: el compromiso intelectual del profesor pisano le lleva al conocimiento y manejo directo de la modesta doctrina española — del viejo decisionista Calderó a los modernos Pacheco y Ortiz de Zúñiga — en su « disperata ricerca di fondazione ontologiche » para la propia disciplina (Grossi), pues el derecho penal, antes que otros sectores del ordenamiento, hace frente a las acciones más graves del hombre y responde entonces a universales, que exigen el dato comparado de manera casi natural ⁽⁸⁶⁾. Si pronto comienza en España una amplia recepción de la obra carrariana al hilo de su reconocida presencia intelectual en el Código de 1870, la *Escuela del Derecho* constituye, en la década anterior, el anuncio de futuras traducciones ⁽⁸⁷⁾. Gracias probablemente a Carrara conoció Cayetano de Estér *Die Tode-*

ferida a la bendición de Mittermaier al trabajo de Estér sobre la telegrafía y el derecho (en « Escuela », 5, 1864, pp. 73-92).

⁽⁸⁵⁾ Sobre Lucchini, Mario SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale. La Rivista Penale di Luigi Lucchini, 1874-1900*, en « Quaderni fiorentini », 16, 1987, pp. 105-183, p. 109 y n. 5 en relación al punto que nos interesa.

⁽⁸⁶⁾ Francesco CARRARA, *Programma*, cit., (n. 65), pp. 61 y 105 (Pacheco), p. 165 (legislación histórica española, Código de 1821), pp. 176, 205 y 218 (*Decisiones* de Calderó), p. 236 (Ortiz de Zúñiga)... Son ejemplos, que aún podríamos incrementar dando entrada a algunos extranjeros colaboradores de la « Escuela » (p. 242, Lacointa). Cf. Paolo GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto penale*, en « Quaderni fiorentini », 24, 1995, pp. 469-475, p. 473; *ibid.* p. 474: « il messaggio di Carrara è universalistico [...] ». Un diritto penale uniforme è il fine ultimo che si delinea nello sfondo della maestosa costruzione dommatica ».

⁽⁸⁷⁾ Cf. Phanor J. EDER, *Law Books in Spanish Translation. A Tentative Bibliography*, Gainesville, University of Florida Press, 1966, pp. 24-25. Se comienza con el Carrara de la *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado de fuerza física del delito*, trad. de Vicente ROMERO Y GIRÓN, 1877; se termina con el famosísimo *Programa del curso de derecho criminal*, trad. por la redacción de la RGLJ, con adiciones de Luís JIMÉNEZ DE ASÚA, 1927. Las traducciones americanas de esta última obra (pero también

strafe de Mittermaier⁽⁸⁸⁾; y acabamos de comprobar, además, que el penalista de Pisa fue reivindicado por el joven abogado español en una de las misivas enviadas al colega alemán. A su vez la fidelidad de Carrara a la *Escuela*, con colaboraciones en casi todos sus tomos, incluye el envío de textos inéditos — por eso fuente de problemas, que sólo salvarán las frecuentes relaciones de Cayetano de Estér con sus autores⁽⁸⁹⁾ — desarrollados y difundidos en su lengua original sólo después de aparecer una primera versión en español⁽⁹⁰⁾. Todo esto motiva que Ester disponga siempre, en la persona y la obra de Carrara, de un valor profesional seguro: sus páginas en torno a la reincidencia (*Escuela* 6 [1864] 124-164) figuran, por calidad, a la cabeza de los muchos trabajos penalísticos de la revista.

III. *La oscilante apertura de la Revista de los Tribunales (1878-1894).*

Al igual que otros tantos periódicos *La Escuela del Derecho* fa-

de los *Opúsculos de derecho criminal*) mantienen viva la figura de Carrara hasta los años 1950.

⁽⁸⁸⁾ Cf. Carlos PETIT, *La Escuela del Derecho*, cit. (n. 15), apéndice segundo, núm. 1 (31 de agosto de 1862), con noticia de la lectura de un capítulo, en traducción de Carlo Francesco Gabba. Ahora bien, esa traducción sólo verá la luz dos años más tarde (María Teresa NAPOLI, *La cultura jurídica europea*, cit. n. 40, n. 1620, p. 414): todo lleva a pensar que Estér recibe de Carrara, anotador del Mittermaier de Gabba, algunos fragmentos de un original todavía inédito.

⁽⁸⁹⁾ Francesco CARRARA, *Ideas sobre Derecho penal*, en « Escuela », 1, 1863, pp. 23-52, p. 23 y n. 1: un anónimo traductor, seguramente Cayetano de Estér, advierte que « este artículo, escrito con toda la galanura del lenguaje italiano, ha tenido que perder mucho en la traducción [...]. A no ser inédito [...] indicaríamos á los conocedores del idioma del Dante dónde podrían leerlo tal como salió de la pluma del ilustre profesor de Pisa ». Una determinada expresión italiana (« vendita di fumo ») supera los buenos oficios del traductor (p. 42, n. 1); sólo resuelve las dudas el propio interesado: [Redacción], *La vendita di fumo*, *ibid.* 194-196, en origen una carta aclaratoria de Carrara. Cf. también Paul BERNARD, *Estudios sobre el nuevo código penal de los estados de S.M. el rey de Cerdeña*, *ibid.* 6, 1864, pp. 197-224 y 351-379, nota del traductor en p. 364, n. 1.

⁽⁹⁰⁾ Precisamente Francesco CARRARA, *Teorica de la vendita di fumo*, Lucca 1866; pero también, del mismo, *Duello e rissa*, Lucca, 1865, en relación a su previo escrito cit. (n. 52) aparecido en la « Escuela », 4, 1864, pp. 47-63.

llecio sin lograr arraigo entre sus lectores ... ni herederos directos en el panorama débil de la prensa nacional. Ni siquiera aprovechó su experiencia con ilustres plumas extranjeras el título más importante del momento; me refiero a la mencionada *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (con el anejo *Boletín*), que no puso reparos a la hora de copiar o resumir artículos aparecidos en la publicación dirigida por Cayetano de Estér⁽⁹¹⁾. La vertiginosa experiencia del Sexenio — con debate constitucional, cambio de dinastía y aun de forma de gobierno, importantes novedades legislativas y aires de libertad en los ambientes universitarios — favorecieron la floración de revistas y periódicos, mas no llegó a registrarse, con todo, una curiosidad especial hacia el derecho extranjero⁽⁹²⁾.

Faltaban varios años para el giro científico de la dicha *Revista General* (un acontecimiento datado en 1883, según enseguida veremos) cuando la marcha algo errática de un título nuevo introdujo en los medios de Madrid los aires característicos de la mejor prensa jurídica del fin de siglo. Se trataba de la *Revista de los Tribunales. Periódico de legislación, doctrina y jurisprudencia*, « dirigida por D. Vicente Romero y Girón, con la colaboración de eminentes jurisconsultos nacionales y extranjeros » (Madrid, Francisco Góngora y Compañía, editores. Puerta del Sol, n. 13-3^o), con « segunda », brillante « época » a partir de 1878.

La publicación había nacido algo antes (director-propietario: Valentín Torrecilla) como *Revista de los Tribunales. Periódico semanal* (1875-1877), destinada a un círculo de suscriptores compuesto

(91) Así, el trabajo de Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA, *De la responsabilidad judicial*, en « Escuela », 1, 1863, pp. 97-141, se publica en la RGLJ y en el fascículo (2^o) correspondiente a enero de 1863; su resumen aparece en la revista de revistas del BRGLJ, 18, 1863, p. 183, correspondiente a marzo de ese año; finalmente, se reproduce por la RGLJ, 25, 1864, pp. 99-103 y 145-163. Era práctica compartida: también lo veo en « Faro Nacional », 7, 1863, pp. 269-272, 285-288, 300-302, 318-321, 350-353 y 369-369; *ibid.* 2 [6^a época] (1864), 493-496, 501-504, 508-511, 518-520, 533-536, 550-552 y 565-568; y según el « Boletín ... de la General » [BRGLJ], *ibid.* p. 226, « El "Foro", de Barcelona, reproduce el artículo del Sr. Ortiz de Zúñiga, sobre la responsabilidad judicial ».

(92) El título más representativo, no en último lugar por tratarse de una producción universitaria, fue el « Boletín-Revista de la Universidad de Madrid » (título original), 1869-1876, sobre el que más abajo algo decimos.

exclusivamente por juristas prácticos. En efecto, el manifiesto fundacional (« A los lectores », 1-2, n.º 1 de 21 de junio, 1875) insistía en la conveniencia de atender las inquietudes de las clases forenses (« un periódico que sea viva voz de Tribunales y Abogados en el ejercicio de su ilustre sacerdocio »), con promesa de abordar los contenidos del caso: « cooperar á la unidad de prácticas ... por medio de la publicacion de fallos ... robustecer las reputaciones adquiridas en el Foro y abreviar la conquista de las suyas á los jóvenes que en el Foro comiencen su carrera dando á luz los escritos notables que hoy se archivan desconocidos »⁽⁹³⁾ — lo que sin duda tenía que ver con la prolongada vigencia de aquel « paradigma forense » en cuyo seno se hizo posible, a ciencia y conciencia de toda la España jurídica, que los maestros de la abogacía, señores de un saber exclusivamente oral, muriesen con los secretos profesionales y la doctrina que no habían aceptado difundir por escrito⁽⁹⁴⁾. Por eso, el rudimentario ‘comparatismo’ de la revista en esa primera

(93) « Una clase respetabilísima, la que de continuo presta á la sociedad los mas altos servicios, la consagrada al augusto ministerio de la Justicia, así los Jueces, como los Fiscales y los Abogados, carecen de un periódico que los represente y les ofrezca verdadero interés [...]. Complácenos consignar que acaso ninguna nación escede á España en número de valiosas publicaciones dirigidas á desarrollar y resolver las más elevadas teorías y transcendentales cuestiones del Derecho. No es, por tanto, necesidad de periódicos puramente científicos la que, en nuestro sentir, existe y aspiramos á satisfacer [...] ». Por eso, el manifiesto anunciaba información sobre causas célebres, sumarios de disposiciones sobre jueces y tribunales, reseña semanal de la actividad de los madrileños, estadísticas judiciales y, en fin, « artículos sobre cuestiones relacionadas con la administración de Justicia ».

(94) Para el supuesto relevante del mencionado Manuel Cortina, decano del Colegio de Abogados de Madrid y ágrafo convencido (« repugnancia á la publicidad »), cf. Enrique UCÉLAY, *Estudios sobre el foro moderno. Conferencias dadas en la Real Academia de Jurisprudencia en el curso de 1882 á 1883 seguidas de biografías y defensas de abogados célebres españoles*, Madrid, Viuda de J. M. Pérez, 1883, quien hubo de bucear — gracias a un legado de Cortina a beneficio de la institución que gobernó — en los tres mil expedientes de su afamado bufete, « tesoros de doctrina y de ciencia para el juriconsulto, modelos forenses inapreciables para el ejercicio de la profesión » (p. 106). Como ejemplo del paso de la arenga forense al artículo de revista, quedó citado Joaquín FRANCISCO PACHECO, *Penas infamantes. Argolla. Degradación*, cit., (n. 43), nacido como alegato en la causa por el célebre crimen de la calle de la Justa.

fase de su vida — no faltaron artículos de argumento exótico ⁽⁹⁵⁾ ni reseñas de literatura foránea ⁽⁹⁶⁾ — respondió a la creencia en la hermandad sustancial del foro europeo que nunca faltó entre los elementos del citado paradigma (« recopilación de los trabajos mas escogidos y noticias curiosas que, acerca de Tribunales, publiquen los periódicos de Francia, Italia, Alemania, Inglaterra y Portugal ») ⁽⁹⁷⁾. De hecho, otra suerte de información extranjera que nos resultare hoy más habitual (del diálogo con colegas de otros países a la crónica internacional de congresos, al movimiento bibliográfico y de prensa, etc.) sólo floreció en la segunda época, cuando la revista altera su título y pasa a manos de uno de sus iniciales colaboradores ⁽⁹⁸⁾.

Me refiero al citado Vicente Romero y Girón (Cuenca, 1835 — Madrid, 1900), un inquieto autor de contribuciones sobre derecho penal que nos salió al paso cuando recordábamos a los hombres y los nombres de *La Escuela del Derecho*. Conocido militante republicano, el jurista y político conquense no se perdió ninguna de las ‘revoluciones’ liberal-democráticas de la convulsa segunda mitad de siglo, con acceso a puestos de relevancia (subsecretario de Ultramar, 1869) y una amplia trayectoria en el foro y en la prensa, tanto jurídica como diaria. Si el interés de Romero y Girón por el debate con juristas europeos (por ejemplo, el influyente Carl A. Roeder desde las páginas de la *Escuela*) ⁽⁹⁹⁾, en particular un nutrido grupo

⁽⁹⁵⁾ Cf. E. TODA, *Los nuevos tribunales de Egipto*, en « Revista de los Tribunales », 1, 1875, pp. 59-60.

⁽⁹⁶⁾ El mismo Toda, conocido fiscal, dio cuenta de Mr. MAUDSLEY, *The crime and the mandness* [sic] *ibid.* pp. 46-47; también T.N. BÉNARD, *De l'influence des lois sur la répartition des richesses* *ibid.* 77-78. Sin firma apareció una nota sobre Juan [sic] SICORÉ, *Il Codice civile italiano e la giurisprudenza delle Corti di Cassazione e di appello del Regno*, *ibid.* 61-62.

⁽⁹⁷⁾ Cf. Carlos PETIT, *Discurso sobre el discurso*, cit. (n. 9), pp. 78 ss.

⁽⁹⁸⁾ Para una tercera, abierta en 1894 y correspondiente a la fusión del periódico con la « Revista de Legislación Universal », cf. Bartolomé CLAVERO, *Legislación universal para pueblos modernos (1868-1914)*, cit. (n. 14). Entrado el siglo XX, la resultante « Revista de los Tribunales y de la legislación universal » termina por volver a sus orígenes forenses, cultivando el público potencial de los jueces de bajo rango.

⁽⁹⁹⁾ Recordemos otra vez su aportación a la revista de Estér: Vicente ROMERO Y GIRÓN, *Estudios acerca de la naturaleza y fin de la pena, basados sobre los opúsculos 'Si*

de penalistas italianos (cuyas obras además tradujo: Francesco Carrara, Pasquale S. Mancini, Filippo Gramatica, Enrico Ferri...), le llevó a editar la más ambiciosa colección de materiales jurídicos foráneos jamás publicados en lengua española⁽¹⁰⁰⁾, ese mismo espíritu abierto y comparatista habría comenzado a rendir sus frutos algo antes, precisamente desde la dirección de nuestra *Revista de los Tribunales* ⁽¹⁰¹⁾.

Nada conozco sobre las circunstancias que llevaron a los cambios en el periódico, cambios sin duda discretos. Con el objetivo implícito de mantener suscriptores, ni la cabecera se modifica ni sale a la luz un posible, renovado programa. Mas una consulta rápida del volumen correspondiente a 1878 — el primero de la era presidida por Vicente Romero y Girón — demuestra que tal programa existía y que podía además cambiar por completo el pensamiento original de la revista: ésta combinaba ahora, sin preocuparse demasiado por un público práctico-forense, la presencia de importantes plumas extranjeras, la información bibliográfica del caso y una vocación decidida por tratar grandes cuestiones de política jurídica que seguían irresueltas en los años de la Restauración.

En realidad, el rumbo nuevo respondía a dos principales aspiraciones, sólidamente unidas en los empeños del flamante director como publicista y como hombre público. Por una parte, el cultivo ambicioso del derecho penal dentro de aquel horizonte pan-europeo que parecía ineludible desde los meritorios esfuerzos de la *Escuela del Derecho* ⁽¹⁰²⁾ — si bien tal especialidad, dotada de una vocación universal, no agotaba todas las posibilidades de una

la pena debe ser un mal — ‘De la pena que mejora’, por Car. Dav. Aug. Roeder, «Escuela de Derecho», 2, 1863, pp. 91-96.

⁽¹⁰⁰⁾ Vicente ROMERO y GIRÓN, Alejo GARCÍA MORENO (eds.), *Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos*, I-XIII, primera serie europea: 1882-1895, proseguida con otras series y complementos.

⁽¹⁰¹⁾ Utilizo la colección de la Biblioteca del Col.legi d’Advocats de Barcelona, signatura 243-3, correspondiente a la ‘segunda época’ (con nueva numeración de los tomos).

⁽¹⁰²⁾ Por ejemplo, Francesco CARRARA, *Fin y medios*, en «Revista de Tribunales», 1, 1878, pp. 6-16 (fechado en Pisa, 10 de febrero de 1878); Luigi LUCCHINI, *Importancia política del derecho penal*, *ibid.* 258-271, indicándose (p. 258) que era traducción de una lección inaugural del curso de Derecho y Procedimiento Penal pronun-

aproximación comparada hacia las instituciones jurídicas que abarcaba también asuntos más ‘locales’, relativos a la historia, la política, la participación popular en la justicia ⁽¹⁰³⁾. Lógicamente, las secciones de bibliografía y la ‘revista de revistas’ (con información inaugural de « Revistas extranjeras » ⁽¹⁰⁴⁾ que quería ofrecer un complemento de las colaboraciones foráneas — « en la imposibilidad de insertar íntegros los trabajos más notables que vean la luz en las Revistas Extranjeras » — con « extractos [de artículos] hechos con el mayor esmero posible », p. 32, n. 1), incluso las noticias necrológicas ⁽¹⁰⁵⁾, multiplicaban los nombres y títulos que Romero y Girón y sus jóvenes colaboradores ⁽¹⁰⁶⁾ presentaban, *rara avis*, ante el público nacional.

ciada en Siena por uno « de los colaboradores de la Revista »; Pasquale S. MANCINI, *Rasgos superiores de una historia ideal de la penalidad*, *ibid.* 70-84, 131-144, otra lección; M. A. TEICHMANN (Universidad de Basilea), *Delitos políticos, el regicidio y la extradición*, *ibid.* 2 (1879), 419-464.

⁽¹⁰³⁾ Attilio BRUNIALTI, *Justa representación de todos los electores*, *ibid.* 1, 1878, pp. 195-206, 272-284, 328-339, 422-430 y 478-485, en realidad, un ensayo de legislación electoral comparada (aunque « el autor de este importante estudio olvida por completo á España », p. 339, n. 1) que se traduce y difunde oportunamente « en los momentos en que se viene elaborando un proyecto de ley electoral » (p. 195, n. 1); P. WILLEMS (Lovaina), *La composición del Senado en Roma durante el período Real*, *ibid.* 84-88; Hugo MAYER, *La cuestión de los Escabinos. Estado de la cuestión en Alemania*, *ibid.* 2, 1879, pp. 111-143.

⁽¹⁰⁴⁾ Por lo general, revistas francesas e italianas, con énfasis en materia penal: « Bulletin de la Société de législation comparée », « Monitore dei Tribunali », « Rivista di Discipline Carcerarie », « Rivista Penale », « Circolo Giuridico » (Palermo); parece excepcional el resumen de la inglesa « The Law Magazine and Review ». Cf. *Periódicos jurídicos extranjeros*, *ibid.* 1, 1878, pp. 390-392.

⁽¹⁰⁵⁾ Cf. *De Sclopis*, *ibid.* 63-64. El volumen siguiente (2, 1879), gracias al interés de Manuel Torres Campos, sacó unas notas fúnebres de Karl Ludwig Arndts, 93-94, Augustin Ch. Renouard, 94-95, y Guido Padelletti, 284-285.

⁽¹⁰⁶⁾ En particular Manuel Torres Campos (Barcelona, 1850 - Granada, 1918), bibliotecario, bibliógrafo y titular en Granada de cátedra de Derecho Internacional, activo en la mejor prensa de su generación y uno de los principales responsables del vuelco que experimenta desde los Ochenta la « Revista General de Legislación y Jurisprudencia ». Véase de este autor, por ejemplo, *Bibliografía*, en « Revista de los Tribunales », 1, 1878, pp. 519-520, así como su reseña de la quinta edición del *Programma* (de contarse con una traducción española « se prestaría un gran servicio á la ciencia patria, y reemplazarían ventajosamente á las ya anticuadas publicaciones de Rossi, Tissot, Ortolan, Pacheco, etc. ») y los *Opuscoli* del admirado Carrara, *ibid.* 61-63. En esas

Por otra parte, el impulso de la codificación civil constituía el gran reto político-jurídico todavía pendiente en España que el publicista se decidía a abordar ⁽¹⁰⁷⁾. Un problema exquisitamente autóctono y nacional, se dirá, si no fuera porque, a esas alturas del siglo, el código futuro « ha de rendir tributo [...] á los dictados de la Ciencia; ha de responder prudentemente á las exigencias de la vida moderna; ha de ser ageno á todo espíritu exclusivo de personalidad, de bandería y de provincialismo ». En efecto, hacía las veces de programa editorial para esta *segunda época* una larga *nota de la redacción* dirigida « A los jurisconsultos españoles » (1-6), convocados por el director para lograr colectivamente el cierre del ordenamiento español, con expresión de ideas y estrategias que superaban el pie forzado seguido hasta la fecha (esto es, textos y proyectos preparados por comisiones de expertos bajo exclusiva responsabilidad del poder ejecutivo). A nosotros nos basta advertir que la originalísima *nota* ahondaba en la naturaleza eminentemente *científica* o, cuando menos, *profesional* del código ausente, pues la gran ley que se echaba en falta habría de ser elaborada por una « Asociación destinada á promover y preparar la codificación civil », dejando la obligada intervención parlamentaria para el momento final de aceptación política de las propuestas técnicas; éstas responderían a un dilatado consenso sobre la ciencia (también la ciencia comparada del derecho) ⁽¹⁰⁸⁾, los usos y los « precedentes castellanos y forales » (p. 5), con la convocatoria adicional de « Congresos de Jurisconsultos ó reuniones periódicas » para resolver — mediante el « concurso de muchas inteligencias » — las inevitables discrepan-

páginas, mostrándonos ahora la existencia de un hilo de unión entre la « Escuela del Derecho » y la « Revista de los Tribunales », Torres recordaba *in extenso* las aportaciones de Carrera aparecidas en el periódico de Estér (cf. p. 63, n. 1).

⁽¹⁰⁷⁾ Y así, cuando se publica Ernesto CASTELLAR, *Codificación civil. Memoria leída en la Academia de Jurisprudencia*, en « Revista de los Tribunales », 1, 1878, pp. 178-187 y 536-542, la redacción advierte que este trabajo, especialmente refundido y adicionado, « dice relación á uno de los objetivos capitales de la Revista » (p. 178, n. 1).

⁽¹⁰⁸⁾ Y Romero y Girón contraponía el éxito logrado por la codificación en un estado vecino a la excesiva pasividad española (« [los] portugueses y la mayor parte de las repúblicas hispano-americanas gozan ya de los beneficios indudables de una legislación civil codificada y uniforme... ¿Hemos de consentir de quedar á retaguardia de todos los países cultos en este movimiento civilizador, justo y humano? », p. 5).

cias (*ibid.*): si esta referencia nos recuerda la atención prestada por *La Escuela del Derecho* al pionero, aislado encuentro de 1863 (véase *supra*), ese mismo pensamiento conduce hacia los congresos celebrados en la década siguiente (1881, 1886, 1888), cuando los problemas relativos al Código civil — en paralelo a la publicación de la *Revista* — dominaron todas las discusiones (109).

La complicidad de las clases jurídicas en la tarea codificadora iba a ser, como se sabe, el *modus procedendi* del legislador alemán, con el resultado de un texto legal que los expertos asumieron como cosa propia (110), pero el fracaso del plan de Romero y Girón, no obstante la cascada de adhesiones que recogió de inmediato la publicación (111), contribuyó a enajenar el apoyo de los privatistas españoles al tardío cuerpo legal: « en los tiempos que alcanzamos », expresó uno de los más destacados juristas llamados en causa por la *Revista*, « la ciencia precede al legislador, quien recibe las enseñanzas de aquella para traducirla en preceptos [...] en tales circunstancias, es del mayor interés el organizar un criterio de lo justo é injusto, reflejo de la conciencia jurídica de nuestro pueblo, á la vez que de las aspiraciones de la ciencia » (112). Aunque la labor

(109) Es suficiente repasar el programa oficial de los más próximos al Código (1886, Madrid; 1888, Barcelona): cuestiones de sistema (así, Madrid, tema 1º: « Estructura más apropiada para un Código civil español ») y de fuentes (Barcelona, tema 1º: « ¿Qué condiciones debe reunir la jurisprudencia para disfrutar de la autoridad de la doctrina legal? »), pero también de sujetos no individuales (Madrid, tema 9º: « Personas sociales bajo el punto de vista del Derecho civil. — Su nacimiento y registro. — Su capacidad jurídica. — Formas varias de personas sociales y modo de regularlas ») y de ‘nueva fase’ (Madrid, tema 10º: « Modificaciones que reclaman en el Derecho civil las nuevas condiciones de la vida económica »). Cf. Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil...* Madrid, Establecimiento tipográfico Sucesores de Rivadeneira, 21889-1910, I, p. 545.

(110) Cf. Bienvenido OLIVER Y ESTALLER, *Breve sumario del proyecto de Código civil de Alemania y del proyecto de ley para su planteamiento*. Trabajo publicado en la « Revista de Derecho Internacional », Madrid, J. Góngora y Alvarez, 1889. Algo de ello tenía en mente uno de los que acogieron con aplauso la propuesta: « puesto que las reformas duraderas han de tener por base la opinión pública » (Manuel Pedregal, en « Revista de los Tribunales », 1, 1878, pp. 66-67).

(111) Así Manuel Danvila (*ibid.*, 65-66), « algo he escrito sobre este punto [...]». Algo escribiré para la “Revista de los Tribunales” ».

(112) Francisco DE LA PISA Y PAJARES, *ibid.* 129-130.

más útil se ceñía a la comparación entre las variantes institucionales de las diversas regiones españolas ⁽¹¹³⁾, entiendo que el llamado continuo a la *ciencia* que transmiten estos materiales, además de anunciar el declive del modelo forense hasta entonces dominante ⁽¹¹⁴⁾, constituye el marco de referencia en que la noticia del derecho extranjero, la bibliografía de países europeos y la presencia de autores de otra nacionalidad — en resumen, todos los elementos con que inauguraba Romero y Girón esta *segunda época* de la revista — confluían de modo coherente y otorgaban un nuevo sentido al trabajo colectivo por la causa de la codificación española ⁽¹¹⁵⁾.

El derecho comparado tendría sin duda que haber influido en la ley civil, mas la *Revista de los Tribunales* nunca llegó a funcionar como ese foro de encuentro en que quiso convertirla Vicente Romero y Girón. Más acorde con sus trabajos doctrinales, en la nueva publicación prevaleció el derecho penal con aportaciones que antes mencionamos, incrementadas en ese tomo de 1878 que aún leemos con la crónica de un gran evento internacional. En efecto, gracias a los servicios de « un amigo extranjero [...] para tener al corriente á los abonados » el director ofrecía el programa y un apunte de las

⁽¹¹³⁾ Cf. Gumersindo DE AZCÁRATE, *ibid.* 193: « [...] las reformas deben ser propuestas por los juriscultores, pero mientras no sean aceptadas por la conciencia pública, no pueden hacerlas suyas el legislador [...]. La Asociación [...] puede servir á un mismo tiempo á estos variados fines, resumiendo las verdades nacionales consagradas por la filosofía del Derecho, estudiando y comparando las diversas legislaciones hoy vigentes en nuestro país, y popularizando el resultado de unas y otras investigaciones; en una palabra, haciendo todo lo que debe preceder á la formación de un *código civil* ».

⁽¹¹⁴⁾ Es muy interesante la nota enviada por Tomás M^a Mosquera, abogado madrileño y autor interesado en cosas de codificación, con consideraciones sobre el concepto de *jurisconsulto* empleado por Romero y Girón: entre los que « estamos consagrados á la abogacía, habrá muy pocos, y yo soy, con sobrada razón, uno de ellos, que se crean acreedores á tan respetable calificación, y por consecuencia, que se tengan por invitados » (*ibid.* p. 195); en sentido coincidente, José Lasala y Espín, « abogado y periodista », confesaba públicamente que « no puedo ni debo aspirar al dictado de *jurisconsulto* » (p. 257).

⁽¹¹⁵⁾ Cf. aún Manuel DURÁN Y BAS, *Estudio sobre la obra de Savigny y especialmente sobre el Sistema del Derecho Romano Actual*, *ibid.* 284-301. Se trata del prólogo de ese autor a la traducción del *System*, publicada en España (precisamente en la Biblioteca Jurídica de la « Revista de los Tribunales ») a partir de la versión francesa.

sesiones del magno Congreso Penitenciario celebrado en Estocolmo (318-320, 340-386). La ocasión le servía a Romero, personalmente invitado por el ministerio sueco, para justificar ante los suscriptores las razones de su inasistencia, pero sobre todo le llevaba a denunciar en una *nota de Redacción* la actitud absentista del gobierno, carente de representación oficial: a pesar del interés práctico de la cuestión carcelaria y de su actualidad en momentos de grandes reformas, « España queda rezagada [...] la aventajan Japon, las Repúblicas de América, las colonias de Australia, las islas Sándwich y hasta la República de Liberia » (p. 375, n. 1). De manera coincidente, la ponencia inaugural del Congreso, traducida del inglés (cf. p. 318, n. 2) e incluida a beneficio del público de la *Revista*, remachaba que « España ha quedado muy rezagada respecto de la mayor parte de las naciones europeas, y aún de muchas de América, en la organización y administración penitenciaria [...] no ha llegado a la cima todavía »⁽¹¹⁶⁾.

El discurso de la ciencia — un saber tan práctico como especulativo, pues están claros los motivos de política criminal que latían en la discusión penitenciaria — recorre estas páginas, tan cercanas *ratione materiae* a Vicente Romero y Girón⁽¹¹⁷⁾, pero la ecuación existente entre la ciencia del derecho, la comparación jurídica y la investigación profesoral que enuncia la *Revista de los Tribunales* se traza con mayor nitidez en un artículo del responsable de su vocación internacional. Y así, cuando Manuel Torres Campos disertaba en ella sobre « La reforma de los estudios jurídicos » (1 [1878], 393-410, 457-470 y 521-536), su objetivo confesado era repudiar la formación estereotipada propia de las aulas españolas, una experiencia docente exquisitamente oral — congruente con el ‘modelo forense’ de ser y trabajar como jurista — que ya no satisfacía las exigencias doctrinales ni las prácticas. Tanta atención a los estudios desplegada desde la prensa jurídica nos resulta un fenómeno ciertamente novedoso, índice del triunfo de un ‘modelo’ al-

⁽¹¹⁶⁾ Dr. WINES, *Estado actual de la reforma penitenciaria en todos los países civilizados*, *ibid.* 352-377, p. 371. Las pocas novedades allí reseñadas (construcción de la Modelo madrileña, creación de la Junta de Reforma Penitenciaria...) procedían de informaciones de Lastras, Armengol y Concepción Arenal.

⁽¹¹⁷⁾ Cf. *Reforma penitenciaria*, *ibid.* pp. 23-32 y 310-310.

ternativo pero también del papel que los órganos periódicos estaban llamados a desempeñar a la vuelta de pocos años. El «deplorable estado en que se encuentra la Ciencia jurídica entre nosotros», según confesión de Torres en apertura del trabajo (p. 393), había de ser el punto de partida de una universidad que lograrse tomar «parte activa en el movimiento científico», esto es, un «adelantamiento de los estudios jurídicos, colocándonos á la altura de los principales pueblos de Europa». La vía central de la reforma habría de establecer una clara distinción entre el contenido y la finalidad de la licenciatura y aquellos otros propios del doctorado: a los segundos tocaba la auténtica formación del ‘jurisconsulto’, del verdadero investigador capaz de acceder a la cátedra universitaria y de proseguir en su ejercicio el cultivo de la ciencia y los progresos de la legislación: «hombres teóricos en Derecho», con «los conocimientos precisos para la enseñanza jurídica y la formación de las Leyes» (p. 407), pues «el profesor de universidad, si ha de responder á su misión, necesita tener todas las condiciones de un investigador científico y acreditarlas formalmente»⁽¹¹⁸⁾. Con tales ideas en la cabeza (incluidas algunas reformas menores, como la estructura semestral de los cursos que delataba la predilección de Torres por la práctica académica alemana: p. 403) no se concedía espacio al tradicional curso preparatorio de Letras (la exigencia, introducida en el plan de 1845 y mil veces reformada, de aprobar cursos de literatura, historia, filosofía, latín... antes de entrar a estudiar las materias jurídicas), ni se ahorraba a los futuros doctorandos la adquisición de conocimientos superiores, tanto metodológicos (de la metafísica a la legislación comparada) como instrumentales: en particular, «sería necesario, además, exigir que se tradujera de repente francés e italiano, y no se daría el ejemplo que hoy vemos, de profesores que ni siquiera saben francés» (p. 401); la herencia de los discursos de colación del grado, congruentes con la ausencia de objetivos científicos de los viejos profesores («verdaderos dómynes, rutinarios y empíricos»), podía llevar a sonrojo de compararse «con los extranjeros, y [el lector] no podrá menos de formarse una

⁽¹¹⁸⁾ Cf. *La reforma* cit. en «Revista de los Tribunales», 3, 1880, pp. 186-208, continuación de la serie anterior (p. 199).

pobre idea de nuestra cultura universitaria » (119). Algunas de las reformas propuestas resultan muy modernas a los ojos de un lector actual (120), pero es suficiente recordar que las sugerencias de Torres Campos pudieron convertirse en normas de derecho positivo cuando las normas educativas enunciaron — por primera vez en la historia de la universidad española — el logro de la ciencia y el progreso en libertad de los estudios como objetivos de la institución universitaria; radical transformación, acaecida precisamente con las modificaciones de planes aprobadas en los años Ochenta, que acompañaron por fin el impulso científico de la prensa jurídica con la presencia de nuevas disciplinas (121), no en último lugar las materias jurídico-comparadas (122).

Sería interesante continuar la lectura de la *Revista* y comprobar la huella dejada en el cuerpo y las notas de sus artículos por las reseñas de literatura extranjera, los congresos internacionales, en fin, por una concepción moderna de los estudios. Y ciertamente, estos elementos se filtraron en sus páginas (123) al igual que aportaciones

(119) *Ibid.* p. 198. He tenido ocasión de ocuparme de esa herencia *acientífica*: Carlos PETIT, *La Administración y el Doctorado*, cit. (n. 22), *passim*.

(120) Así, la terminología empleada para designar las materias del plan: « Derecho civil, común y foral », « Derecho procesal », « Derecho penal y sistemas penitenciarios » (cf. p. 403 ss); conviene no olvidar que todavía la cátedra de Penal servía inexplícitamente para enseñar el Mercantil, ni que la docencia del derecho procesal seguirá confiada, durante muchos años, a la rutinaria cátedra de « Procedimientos ».

(121) Además de la estima por la Legislación Comparada, « que tan notable desarrollo viene alcanzando en estos tiempos [...] indispensable al Jurisconsulto » (Torres Campos, p. 407), se proponía una inédita 'Historia y Literatura de la Ciencia jurídica' — cátedra en efecto creada y atribuida en 1886 a Rafael de Ureña, sobre la que abajo algo más diremos — y otra materia de vocación comparativa: una 'Historia de las doctrinas jurídicas, políticas y económicas contemporáneas' que habría de consentir a los doctorandos el 'estar al corriente del movimiento científico, especialmente de nuestros días' (*ibid.*).

(122) Cf. aún Torres Campos cit. p. 408: a la deseable introducción de cursos de alta especialización romanística ('Epigrafía jurídica', 'Antigüedades del Derecho romano') para un ciclo doctoral que habría de durar tres años se unían el 'Derecho político comparado', 'Derecho administrativo comparado', 'Derecho civil comparado', 'Derecho mercantil comparado', 'Derecho procesal comparado', en fin, 'Derecho penal comparado'.

(123) Así, Cristino MARTOS, *El jurado y el juicio oral y público*, en « Revista de los

sobre cuestiones polémicas que también sacaba la revista honrando su compromiso con la ciencia ⁽¹²⁴⁾, pero ahora conviene avanzar la exposición y advertir la fragilidad de una empresa que dependía, en altísimo grado, de la disposición personal de su fundador.

En efecto, la causa de la codificación civil se deshinchaba rápidamente, sin recobrar los vuelos del tomo primero, a partir del volumen correspondiente a 1879: sólo se publicaron otras dos cartas de adhesión (Patricio Melgosa, 4-5; Vicente Santamaría de Paredes, 3-4), carentes de continuidad. La información bibliográfica sigue aún a la altura del tomo precedente, y estas reseñas, tanto de obras de producción « nacional » (ahí se incluía también alguna traducción al español: Barthe, Franck, Prisco) como « extranjera » (catorce títulos, sobre todo franceses e italianos, más dos obras alemanas y el tratado internacionalístico del americano Theodore D. Woolsey), nutren las páginas del tomo segundo de la nueva serie gracias a la dedicación de Manuel Torres Campos, Vicente Romero, Alejo García Moreno. En realidad, los compromisos científicos de la *Revista* palpitan en esta sección de apariencia menor, pues si el movimiento literario internacional corresponde al modo de trabajar de un saber que ya no contienen las fronteras del Estado, la crítica bibliográfica devuelve la revista jurídica a la condición de palestra intelectual enunciada por Savigny muchos años atrás. No extraña

Tribunales », 1, 1878, pp. 489-505: un discurso de apertura de la Academia madrileña de Jurisprudencia, con frecuentes citas — uno diría de primera mano — de Jhering, Mancini, Zumpt, Brunner, Forsyth, Pessina ... y buen conocimiento de la legislación extranjera (proyecto alemán del jurado, 1874; ordenanza austríaca de proceso penal, 1873); también se usa ROEDER, *Principios de Derecho natural*, en « traducción inédita de D. Vicente Romero y Girón » (p. 490, n. 2). Informadísimo ensayo el de Martos, que recorría el derecho comparado a propósito de una institución tan mal parada en los primeros años de la Restauración (cf. p. 501, n. 2, con citas de A. de Foresta, procurador regio de Bolonia, alarmado de la contra-reforma española representada por el real decreto de 3 de enero de 1875: éste relegaría la justicia española « [a] una posición humillante para nuestra dignidad y nuestro decoro nacional »).

⁽¹²⁴⁾ Así, Pedro ARMENGOL Y CORNET, *A propósito de reformas en las leyes judiciales*, *ibid.* 221-232; cf. p. 228, n. 1: « la Revista disiente en algunas opiniones formuladas por su distinguido colaborador [...] pero es un campo abierto á toda opinión seria y fundada y se honra mucho insertando trabajos en donde se esponen ideas y doctrinas, con las cuales no está conforme [...] cuando vienen autorizadas por hombres de tanto amor á la ciencia y a la verdad como el Sr. Armengol ».

entonces que el argumento jurídico-comparado pueda esgrimirse ahora para dejar en su sitio —un sitio más bien modesto— la débil doctrina española: hubo algún manual de derecho civil que fallaría desde su misma raíz, por olvidar respecto al concepto de referencia « el nuevo sentido que le atribuye el Código [...] portugués », esto es, « la consignación de los derechos individuales en la legislación civil, modificando su concepto [...] hecho de verdadera transcendencia que no debe pasar desapercibido para quien de liberal se precie » (125). Como puede comprobarse, un sentimiento de libertad — libertad de expresión y publicación, tanto como libertad de cátedra — recorría las páginas bibliográficas, tan diferentes (y tan comprometidas) a las notas publicadas por la prensa coetánea: puesto que en España « tienen gran suerte entre nosotros los pequeños y malos manuales [...] se agotan como por ensalmo las ediciones de formularios [...] se buscan con anhelo las ediciones baratas de Códigos y de Leyes, desdeñando lo que no sea el texto pelado de la Ley, pero trabajos teóricos, exposiciones amplias de nuestro derecho positivo [...] ¿para qué hacen falta á Jueces, Fiscales, Magistrados y Abogados? [...]. Todo esto, dicen las gentes, es ideología pura y peligrosa abstracción » (126).

La continuidad del programa implícito de la *Revista* justificaba en su tomo segundo mantener la predilección por el derecho penal (127). Aunque no se agotó ahí la presencia de plumas extranjeras (por ejemplo, un Alfredo Martín describe la « Jurisprudencia suiza en materia de derecho internacional público y privado », 406-

(125) Manuel TORRES CAMPOS, a propósito de Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...* (1879), en « Revista de los Tribunales », 2, 1879, pp. 370-374, p. 371. Cf. 363-369, otra nota de TORRES, esta vez hipercrítica con el pobre manual de *Elementos de Derecho Romano* de PASTOR: « escrit[o] a la ligera », « sin preparación suficiente », « fin mercantil » ... En realidad, Torres se las veía ahí con la declaración oficial favorable a un texto abominable: « con la protección gubernamental se difundirá una multitud de dislates que contribuirán á colocar la ciencia al bajo nivel á que tienden a colocarla, en interés propio, nuestros gobiernos conservadores ».

(126) Vicente ROMERO Y GIRÓN, reseña de la 'Biblioteca Jurídica...' de la « Revista General », *ibid.* 379-380. Aunque se aplaude la iniciativa, duda de su éxito editorial, « porque desgraciadamente parece que esta tierra *abhorret a scientia* ».

(127) Así, M.A. TEICHMANN (Universidad de Basilea), *Delitos políticos, el regicidio y la extradición*, *ibid.* 419-464.

412), el conocimiento acabado de las investigaciones penales permitía desvelar las fuentes — injustamente silenciadas — de algún notorio publicista patrio ⁽¹²⁸⁾. Y finalmente, la divulgación jurídica de altura se hacía también presente, con trabajos fuera de lo habitual (cf. Manuel Torres Campos, « Estado del derecho en Turquía », 17-27).

Y de repente la *Revista* vuelve a sus orígenes después de unos cuantos números de transición. El volumen tercero hacía temer los cambios al dar cuenta de un consejo directivo que actuaría junto a Romero y Girón, formado por juristas ‘progresistas’ más y menos radicales (Manuel Alonso Martínez, pero también Martos y Francisco Pi i Margall). Al momento decrecen las reseñas, y las pocas firmas extranjeras que se mantienen parecen meros compromisos de colaboración previamente establecidos ⁽¹²⁹⁾. Por el contrario, irrumpe el mundo forense con sentencias que se estimaban modélicas aunque demasiado largas para el *Boletín* que salía anejo a nuestro título, donde se publicaban esos materiales; algunas notas de urgencia sobre las últimas leyes y proyectos (estamos en los años de preparación del segundo Código de comercio) acentúa en la *Revista* su carácter positivo, forense y ‘nacional’.

Un carácter que aumenta en el tomo sexto (1883), cuando dos hechos aconsejaron refundir la llamada ‘parte doctrinal’ (se trata de terminología nueva, cuando la doctrina resultaba ya residuo) y el *Boletín*, en claro sacrificio de la primera. El director abandona sus responsabilidades al acceder al Ministerio de Gracia y Justicia en el primer gabinete liberal de la Restauración; esa misma circunstancia acelera las reformas ... con la consiguiente necesidad de dedicar una mayor atención a las esperadas novedades. Por eso, en vez de artículos de firmas conocidas, no rara vez extranjeras, encontramos

⁽¹²⁸⁾ Cf. Manuel TORRES CAMPOS, *La pena de muerte*, cit. (n. 73), separata de « Revista de los Tribunales », 2, 1878, pp. 222-269, pp. 222-223, a vueltas con un trabajo de José Vicente y Caravantes aparecido en la « Revista General », que « está hecho sobre el trabajo de Rolin [*id est*, Alberic ROLIN, *La peine de mort. Etat de la question*, en « Revue de droit international et de législation comparée », 2, pp. 406-440], que no cita, y sobre los dos artículos siguientes, que no menciona tampoco ».

⁽¹²⁹⁾ Cf. Mr. Carlos LÚCAS, *Informe sobre el nuevo Código penal de los Países-bajos*, en « Revista de los Tribunales », 4-5, 1881-1882, pp. 23-30.

ahora más bien « críticas de legislación y jurisprudencia », también modestísimas « consultas » en resolución de puntos de derecho positivo ⁽¹³⁰⁾; una « revista de tribunales » ocupa mientras tanto el lugar de la desaparecida sección bibliográfica y de los resúmenes de la prensa internacional ⁽¹³¹⁾. Se diría que tenemos en las manos cualquier tomo de la primera serie, pues la escasa información de derecho extranjero publicada se limita, como entonces, a una sencilla noticia de causas judiciales para exclusivo consumo de las clases forenses ⁽¹³²⁾.

Los números posteriores mantienen la orientación ⁽¹³³⁾ y la *Revista* se hace *boletín* (los números eran semanales), con un volumen por semestre — lo mismo que la *Revista General*, según enseguida veremos. Centrada la *de los Tribunales* en el derecho español y aún en las cuestiones más apegadas a la práctica, la promulgación de la Ley de enjuiciamiento criminal se apodera de sus páginas, y una nube de auténticos desconocidos suscribe contribuciones de primera exégesis y comentario. En realidad, la profesión forense en cuanto tal es quien produce los anónimos discursos (« Un Magistrado », « E.M.G. » ...), cuya autoría corporativa se confunde — pues coincide — con el público destinatario; a la postre resulta muy coherente con otra información que ofrece ahora la *Revista* (concursos de judicatura, movimientos del personal del ministerio), sin que la opción profesional excluya como sabemos alguna forma de comparatismo ⁽¹³⁴⁾. Por eso no extrañará que el estilo de las « con-

⁽¹³⁰⁾ Cf. Esteban CONDE NARANJO, *Derecho entre interrogantes. Para una historia de la consulta jurídica*, AHDE, 66, 1996, pp. 973-984, sobre la base de la « Revista General ». En el tomo que analizamos aparece — además de consultas evacuadas, presentadas por palabras-clave (« Abogados de Universidad libre. Su capacidad », « Vinculación irregular » ...) — una sección « VI. Consultas recibidas en esta Redacción », consistente en el elenco de las enviadas con el orden previsto de publicación, el número del suscriptor que la formula y la materia.

⁽¹³¹⁾ Parece una caricatura de las notas de Torres Campos y compañía la *Revista de la prensa jurídica. Extranjera*, en « Revista de los Tribunales », 6, 1883, pp. 4-15, ni siquiera destacada en el índice del volumen.

⁽¹³²⁾ Cf. *Tribunales extranjeros*, *ibid.* 111-112: una sentencia del Tribunal de Apelación de Florencia.

⁽¹³³⁾ Uso para la descripción que sigue « Revista de Tribunales », 7, 1883.

⁽¹³⁴⁾ Cf. La Redacción, *Ejecución de sentencias extranjeras*, *ibid.* 325 ss. También

sultas » — el enunciado interrogativo de la materia en cuestión — se adueñe de colaboraciones que no pretendían ser « doctrinales » (cf. por ejemplo, « ¿Puede el defensor del procesado pedir como prueba la confesión de éste? », 133), ni que la ausencia de empuje científico permita poner la *Revista* al servicio del nuevo ministro ... y de la casa Góngora, responsable de su edición ⁽¹³⁵⁾.

Al salir del gobierno el liberal ministro vuelve a cambiar la *Revista*. No se elimina del todo la vocación profesional — otra vez la deuda contraída con los suscriptores... — mas los comentarios legislativos ganan altura — sin ir más lejos, los trabajos sobre la mencionada ley del proceso penal firmados por el propio Romero — y, sobre todo, renace el interés por el movimiento bibliográfico del extranjero ⁽¹³⁶⁾. La vuelta del antiguo director se concluye en 1885, cuando Romero y Girón (« distinguido jurisconsulto y eminente criminalista »), además de dar publicidad a una carta dirigida al penalista Luigi Lucchini (cf. « La reforma de la legislación penal en España », en *Revista de los Tribunales*, 10 [1885], 225-232), difundida en Italia desde la *Rivista Penale* ⁽¹³⁷⁾, asume « la dirección técnica » en su congénere española y se declara « resuelto á levantar esta publicacion á la altura de las mejores de su clase en Europa » (cf. « Á la prensa », *ibid.* 145-147). Se repudia entre líneas el positivismo que hacía por entonces furor, pero en esta enésima fase de

sale una información, sin firma, sobre el *Poder judicial. Su organización en los principales Estados de Europa*, con variada paginación.

⁽¹³⁵⁾ Y así, reseñas-anuncios de materiales no siempre jurídicos, pero salidos de las prensas de Góngora, ocupan las páginas antes reservadas a la crítica bibliográfica. Cf. por ejemplo la noticia de Alejo G^a MORENO, *Elementos de Historia Universal*, *ibid.* 236. Más pintoresca parece la noticia (*Revista...* 12, 1886, 224) de Julio VERNE, *La estrella del Sur*, pues se trataba de libro del que « se sirven pedidos en esta Administración ».

⁽¹³⁶⁾ Cf. E. NELLY, *Efectos del matrimonio sobre la nacionalidad en los Estados Unidos*, en « *Revista de los Tribunales* », 9, 1884, pp. 17-22. Se toma del « *Journal de Droit international privé* », en traducción de Alejo G^a Moreno. En lo que hace a las notas bibliográficas, vuelve M.T.C., esto es, el recordado Torres Campos, que allí da cuenta de dos títulos italianos; en general, la doctrina italiana (Fiore, Fisichella) y aquella de expresión francesa (Leher, Rivin...) dominan esa sección.

⁽¹³⁷⁾ Cf. *ibid.* 367-368, con ocho notas sobre cosas de Lucchini, elaboradas por Torres Campos.

su agitada existencia la *Revista* quiere ser « palenque abierto á todas las opiniones », sin tener por eso que olvidar los últimos tiempos de dedicación al público forense. Y es que también habría una posibilidad culta de trabajar con fines prácticos: « la Revista no persigue meramente un fin teórico, ántes bien pretende y aspira á desarrollar el gusto por los estudios prácticos de derecho ⁽¹³⁸⁾, petrificados entre nosotros, á la vez que contribuya á la más recta interpretación y aplicacion de las leyes ».

La combinación de práctica y doctrina lleva desde el año siguiente a la publicación paralela de dos tomos por año, una « parte doctrinal » y una « parte semanal » o boletín, lógicamente reservando la primera para la información que ahora nos conviene recordar ⁽¹³⁹⁾. La causa del derecho penal se refuerza con la pujante ciencia positiva italiana: mal que le pesara al ‘clásico’ director, sus colaboradores más jóvenes daban allí noticia de las teorías de Ferri, del famoso congreso de Roma, en fin, de la escuela de antropología criminal ⁽¹⁴⁰⁾. La inminencia del código civil aconseja volver sobre antiguas preocupaciones, y se publican fragmentos del proyecto de 1882 (cf. « Proyecto de Código civil », en *Revista de los Tribunales* 13 [1886], 133-176, 268-302 y 380-393), observaciones sobre los congresos jurídicos (V. Romero y Girón, « La codificación y el segundo congreso jurídico español », *ibid.* 345-348), en fin, originales visiones alternativas, en tanto que ‘científicas’, del mal proceder oficial. La causa del código se hermana en esos tomos con el referente extranjero y comparado, pues si los congresos amplifican la

⁽¹³⁸⁾ Y ROMERO Y GIRÓN predicaba con el ejemplo: cf. *Sobre la codificación civil y especialmente sobre el matrimonio*, en « Revista de los Tribunales », 10, 1885, pp. 337-343, 369-377 y 383-391 (« se continuará »), claramente a favor de una reformulación del sistema matrimonial español en detrimento del derecho canónico, conducida con profundidad doctrinal y amplio recorrido histórico.

⁽¹³⁹⁾ Sin embargo, la obra citada a continuación, objeto de bastantes entregas, recorrió indistintamente volúmenes ‘doctrinales’ como prácticos, no obstante su carácter teórico.

⁽¹⁴⁰⁾ Isidro PÉREZ OLIVA, *Escuela positivista del Derecho penal en Italia, según Enrico Ferri*, en « Revista de los Tribunales », 11, 1885, pp. 353-361, que prosigue en tomos ulteriores; en el 13, 1886, el mismo autor dio cuenta de *El primer Congreso Antropológico de Roma*, pp. 120-132, en tanto Manuel TORRES CAMPOS publica *La Escuela Antropológica criminal*, pp. 256-262 y 351-362.

voz de los particularistas (cuestión de los derechos forales), ello se debe a una « desaceleración moral » causada « en primer término, [por] la inercia científica de que nos sentimos intoxicados, hasta el punto de que nuestra literatura jurídica ni siquiera puede sufrir honrosa comparación con la de nuestros vecinos los portugueses ... manuales y repertorios hechos á la carrera, más como medio de lucro que para satisfacción de las necesidades científicas, hé aquí el contingente aportado por la altiva Castilla, á la obra patriótica de una Legislación nacional progresiva »⁽¹⁴¹⁾.

« En cuanto á las Revistas », proseguía Romero, « el lector pide consultas, quiere la legislación al día, reclama la jurisprudencia al minuto, pero la parte científica y doctrinal, ¿para qué le sirve? » (*ibid.*). Precisamente para alterar ese lamentable estado de cosas, sin olvidar tampoco la causa del derecho unitario codificado, una revista nueva que asumiera talante y contenidos 'científicos' era sentida necesidad. De ahí la vuelta inmediata a las colaboraciones teóricas o, simplemente, procedentes de otros países⁽¹⁴²⁾, a las que la *Revista* sumaba los resultados de la infatigable labor bibliográfica de los Torres Campos y compañía⁽¹⁴³⁾. De ahí, también, la centralidad del asunto del código cuando se tocaba casi con la punta de los dedos: fue una operación editorial importante la noticia, amplia e informada, que dio Manuel Luzón de la enmienda de Augusto Comas a las bases del Código civil⁽¹⁴⁴⁾; seguía a una reseña de Torres Campos sobre la edición de esa enmienda con los discursos pertinentes (cf. *Revista de los Tribunales* 15 [1887], 110-111) y servía para difundir una cultura civilística diversa (« era necesario romper los moldes antiguos, desarrollando, mediante un plan científico, todas nuestras instituciones de Derecho civil [...] ha-

(141) ROMERO Y GIRÓN cit. pp. 347-348.

(142) Aurelio SAFFI (Universidad de Bolonia), *El Derecho de gentes en la Historia*, en « Revista de los Tribunales », 15, 1887, pp. 50-53, 179-187 y 291-295.

(143) A las cosas italianas y francesas en estos años en torno a 1890 no es raro localizar obras de colegas más 'exóticos', como algún sueco (Olivecrona), algún alemán e hispanoamericanos (cf. Robustiano VERA, *La reforma constitucional en Chile*, en « Revista de los Tribunales », 17, 1888, pp. 137-143).

(144) Manuel LEZÓN, *Enmienda al Proyecto de Código civil*, en « Revista de los Tribunales », 15, 1887, pp. 188-196.

ciendo penetrar en ellas la savia regeneradora de los nuevos principios », p. 188), sobre la base de « los ideales de libertad y autonomía en el orden jurídico [...] gran *desideratum* de la ciencia [...] ley evolutiva del progreso » (p. 190); « doctrinas que cuentan con el firme asenso de jurisconsultos tan célebres como Enrico Cimbali, autor de la *Nuova fase del Diritto civile*, obra donde se refleja el luminoso pensamiento del Sr. Comas » (p. 196). « La verdadera categoría científica [d]el derecho positivo », representado ahora por el inmediato Código civil, era la razón última de la enmienda famosa, pues sólo la ciencia más solvente sabría codificar en consonancia con una *fase nueva*, el momento ciertamente de la *cuestión social* pero también del máximo desarrollo de la dogmática alemana; una *fase* identificada con eficacia por el privatista siciliano arriba mencionado — sobre quien, en coherencia, parece volcarse la *Revista* ⁽¹⁴⁵⁾ — y caracterizada por la utilidad, dentro de ella, de los estudios comparados: sometidos todos a los mismos estímulos y referencias doctrinales, una vez promulgado al fin el Código civil español habría de iniciarse « un período de mayor cultura jurídica y un comercio científico más universal » ⁽¹⁴⁶⁾.

IV. *El vuelco 'europeo' de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia (1883-1900).*

Ese empeño tan comprometido, que la *Revista de los Tribunales* pronto perderá al asumir nuevos lectores y retos editoriales, tocó sin embargo a la influyente y madura *Revista General*. Ya sabemos que al nacer esta publicación en 1853 (dejemos aparte una complicada 'prehistoria' de esfuerzos periodísticos y refundaciones de títulos que confluyen por fin en un órgano periódico hoy más que centenario) sus responsables anunciaron con insistencia la atención por el derecho comparado ⁽¹⁴⁷⁾. El repaso de títulos nacionales, tras

⁽¹⁴⁵⁾ Cf. E. CIMBALI, *El estudio del derecho civil en los Estados modernos*, *ibid.* 19 (1889), 129-136 y 369-386. Se trata de la conocida *prolusione* romana de 1884, ahora traducida por el propio Romero y Girón.

⁽¹⁴⁶⁾ ROMERO Y GIRÓN, *ibid.* p. 129 (n. 1).

⁽¹⁴⁷⁾ Ignacio MIQUEL y José REUS, *Introducción*, cit. (n. 33).

un rápido saludo y reconocimiento, servía más bien para denunciar un hueco... que ofrecía espacio propio a la nueva publicación: el *Faro nacional* de Pareja Alarcón, la *Revista de Tribunales* de Martínez Alcubilla, *La Ley* del sevillano Camacho... todas esas revistas de mediados de siglo y aquellas otras que les precedieron con desigual fortuna « dejan seguramente un gran vacío para los que quieran ensanchar mas sus conocimientos, para los que deseen conocer la marcha de la ciencia en Europa, y su estado actual, para los que quieran estudiar las legislaciones extranjeras, para los que finalmente, elevándose á la altura de un legislador, no se contentan con circunscribir sus investigaciones á los estrechos límites de nuestro derecho, sino que quieren tender sus alas por otro horizonte mas extenso y halagüeño, y mucho mas conforme con el estado actual de las modernas sociedades » (p. xi). De modo muy emblemático, tan ampulosas palabras se abrían con un *dictum* de Anthoine de Saint-Joseph — el autor de unas concordancias entre códigos civiles que lograron presencia universal — para quien « la comparación de las leyes de un país con las extranjeras, es siempre un estudio útil y provechoso ». La cita (banal) se explica, lo mismo que el interés español por la obra de referencia ⁽¹⁴⁸⁾, en el ambiente inaugurado por el proyecto de Código civil de 1851 y la glosa coetánea de García Goyena ⁽¹⁴⁹⁾, pero, según advertí arriba, la andadura de la *Revista General* en esos primeros tiempos de su vida arroja un balance nada alentador.

En efecto, al cumplirse los diez años del *Boletín* anejo a la *Revista* (esto es, en 1864) un folleto antepuesto al tomo vigésimo reflexiona sobre la empresa, al hilo de la descripción sumaria de los tomos ⁽¹⁵⁰⁾. Sigue mencionándose la ciencia, pero la publicación se anuncia ahora muy atenta a los datos del derecho positivo, que quisiera hacerse llegar a las clases jurídicas sin grandes elaboraciones doctrinales: « Aunque la Revista dá á la parte científica toda la im-

⁽¹⁴⁸⁾ Fortuné Anthoine DE SAINT-JOSEPH, *Concordancia entre el código civil francés y los códigos civiles extranjeros* (1840), cit. (n. 32).

⁽¹⁴⁹⁾ Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, a cargo de F. Abienzo, 1852.

⁽¹⁵⁰⁾ Cf. BRGLJ, 20, 1864, pp. 1-16, pp. 1-2.

portancia que merece, no descuida sin embargo la Sección de Jurisprudencia, mucho menos ahora que está al corriente la Colección de Jurisprudencia civil y que pronto lo estará la de Jurisprudencia administrativa ». La sección de artículos, « sin duda la más importante y extensa, comprenderá la exposición y examen del derecho y de la jurisprudencia en todos sus ramos; trabajos de curiosa erudición, que harán renacer el gusto hacia las investigaciones históricas; disertaciones profundas, que esclarecerán un gran número de problemas de nuestra legislación; evacuación de consultas [...] y finalmente escritos que nos comuniquen los jurisprudencistas españoles sobre las materias referentes al derecho, siempre que sean de utilidad [...] ». Si en 1853 la *Revista General* se presentaba como un periódico volcado en los estudios comparados, si entonces se llegaba a resumir la historia de las revistas extranjeras para — abusivamente — colocar entre ellas la nueva revista española⁽¹⁵¹⁾, en 1864 la digestión de la ley hipotecaria o la reforma del notariado han relegado la afición por el derecho extranjero y sus autores a una posición francamente marginal: « También procuraremos dar cabida en esta sección, cuando fuere posible, á trabajos originales de jurisprudencistas notables extranjeros [...] á fin de que renazca en nuestro suelo la afición á los estudios de derecho comparado, tan útiles en las presentes circunstancias »⁽¹⁵²⁾. Lógicamente, cuando se ofrece el elenco de colaboradores de la *Revista General* en su primer decenio de vida aparecen los nombres principales del foro

(151) Cf. otra vez Ignacio MIQUEL y José REUS, *Introducción*, cit. (n. 33), pp. viii y ss., con repaso de Alemania (« el *Diario crítico de jurisprudencia y legislación extranjeras*, fundado en 1828 por Mittermaier y Zaccariae ... el *Diario de la ciencia histórica del derecho*, fundado en 1815 por Savigny ... »), Italia (« el *Diario del Foro* y la *Revista de legislación y jurisprudencia* que ven la luz pública en Roma ... la *Gaceta de los tribunales* y el *Progreso de las ciencias, de las letras y de las artes* por Bianchi, en Nápoles... »), Inglaterra (« el Almacén legislativo ó Revista trimestral de jurisprudencia, por Hagward abogado en Londres... »), Francia (« la Revista de jurisprudencia y legislación que se publica desde 1834, por Wolowski, Troplong y otros; La Gaceta de los tribunales, que cuenta 28 años de existencia ... »), incluso Bélgica, Holanda y los Estados Unidos.

(152) Cf. « Boletín » cit. (n. 150), pp. 11-12, donde se describe la 'Biblioteca Jurídica' que saca la « Revista »; aunque se registra la traducción del *Tratado de la prueba en materia criminal* de Mittermaier (2^a 1857), el acento se carga sobre el añadido de un *Apéndice de las leyes españolas ... para que así sea más fácil el estudio comparativo*.

español — de Cirilo Alvarez a Benito Gutiérrez, de Francisco de Cárdenas a Manresa, el Marqués de Gerona o Manuel Seijas Lozano — mas no puede mencionarse a ningún autor extranjero.

El contraste con la *Escuela del Derecho* es muy llamativo, y así seguirá siéndolo en la década posterior a la extinción del periódico de Estér. Un elemento decisivo para realizar el programa fundacional fue la incorporación a la *Revista* del brillante Emilio Reus, hijo del propietario-fundador José Reus García, hecho (previsible, tratándose de empresa familiar y de persona con sólida formación jurídica) que tuvo lugar en el año de gracia de 1878. A partir de entonces y, en especial, tras acceder a la dirección (1883) el joven Reus impone un proceso de renovación centrado precisamente en la dimensión internacional y científica de su *Revista*: él mismo crea y alimenta con conocimientos de políglota (alemán, inglés, francés, italiano) una nueva sección de « Revista de la prensa jurídica española y extranjera », para lo que establece el intercambio con publicaciones afines de otros países, al tiempo que imprime nueva orientación, por fin abierta a la producción foránea, a la sección de notas bibliográficas; « dos mejoras introducidas en la Revista », se recordará al evocar la figura de este su malogrado director (Madrid 1858 — Montevideo 1891), « que [...] revelan una de las notas más salientes de su carácter, entusiasta por todo lo que significaba el estudio y por cuanto tendía á vulgarizar y extender los resultados científicos obtenidos en todas las ramas del derecho. Emilio Reus quiso desde un principio [...] hacer de esta [la *Revista General de Legislación*], no sólo un registro de los acontecimientos más notables en la formación de nuestro derecho positivo, no sólo un archivo de cuestiones jurídico-prácticas [...] sino también un centro de propaganda de la cultura jurídica general, reflejando en sus páginas todo el movimiento que en los libros españoles y extranjeros y en las revistas de todas partes se revela »⁽¹⁵³⁾.

« Atento [...] á cuanto en orden á este gran medio de propaganda y de estudio que las revistas suponen se hacía en Francia, en Italia, en Alemania é Inglaterra, quiso [...] hacer de nuestra publicación algo análogo á las que pasan como más completas en los di-

(153) Cf. *Emilio Reus*, en RGLJ, 80, 1892, pp. 433-450, p. 436.

ferentes países civilizados » (*ibd.* p. 437). A nosotros nos interesa destacar que la labor editorial de Reus (traductor de Spinoza, fugaz autor dramático, también responsable de obras filosóficas y jurídicas) consiguió conectar de modo continuado las aspiraciones científicas, la información sobre el movimiento literario internacional y la reseña como medio de exposición y crítica de doctrinas jurídicas. En lo que hacía a la presencia del derecho extranjero la *Escuela del Derecho* podía estimarse antecedente de indudable dignidad, pero aquellos pocos que aún recordaran esas páginas sabrían perfectamente que la información bibliográfica fue, en el periódico de Estér, algo por completo excepcional (¹⁵⁴).

Y en la aparente humildad de las reseñas, ese instrumento escogido por Reus para relanzar su *Revista*, hemos de cifrar ahora el vuelco dado al órgano decano de la prensa jurídica española. La actividad del crítico no sólo consiste en guiar a los lectores, llamando su atención hacia esta o aquella curiosa monografía. No sirve tampoco, en exclusiva, para hacer propaganda del título extranjero que el librero-editor quisiera ensalzar y vender. Desde la perspectiva del colaborador que las realiza, las notas de bibliografía documentan un interesante momento profesional que conjura

(¹⁵⁴) Apenas puedo citar, como noticia de publicaciones extranjeras, la rareza que constituye una breve nota sobre *Bachofeu* [sic, por Bachofen], *Das Mitterrecht* [sic] ... *el derecho de la madre, investigaciones sobre la gynecocracia del mundo antiguo, considerada bajo el punto de vista de la religión y del derecho*, por M. Bachofeu, consejero del Tribunal de apelación de Bâle; 1 tomo en 4°. Stuttgart [sic], Kraiss et Hoffmann, 1861, que aparece para rellenar una hoja sobrante en segunda tirada suplementaria de cuatro páginas para corregir errores en un pliego, inserto entre las páginas del fascículo 3 de « La Escuela », 7, 1865, según la extraordinaria colección sevillana cit. (n. 16). También: noticia de Jules DE LAMARQUE, *Des colonies pénitenciaires et du patronage des jeunes libérés*, en *ibd.* 7, 1865, pp. 215-217; Carl A. J. MITTERMAIER, res. de Francesco DE GIOVINE, *Il giurì e la Corte d'Assise* (1862), en *ibd.* 5, 1864, pp. 230-232; Víctor MOLINIER, [Bibliografía]. *Théorie du Code pénal, par M. Chauveau Adolphe et M. Faustin Hélie, membre de l'Institut, conseiller a la Cour de Cassation. Quatrième édition revue et considérablement augmentée par M. Faustin Hélie. Paris 1861-1863, 7 tomos en 8°, con un apéndice que contiene el comentario de la ley de 13 de mayo modificativa del Código penal*, en *ibd.* 4, 1864, pp. 221-232; del mismo, *Bibliografía. Algunas reflexiones sobre la pretendida necesidad de la pena de muerte, por M. Thonissen. Folleto de 30 páginas en 8°, Bruselas 1863, sacado de la Belgique Judiciaire del 10 de Setiembre*, en *ibd.* 5, 1864, pp. 351-357.

vínculos, refuerza o relaja contactos, asegura la distribución de libros, difunde modelos, estimula la práctica del comentario recíproco ... En una palabra, la vía para renovar un meritorio, mas envejecido, periódico profesional también es el medio de formar una comunidad de disciplina y, en fin, de realizar el diseño 'científico' del saber jurídico en un ámbito dominado hasta entonces por el 'modelo forense' descrito más arriba.

Lo hizo posible el contexto. La historia de la universidad española nos enseña que a finales de los años 1870 — cuando Emilio Reus se suma a la redacción de la *Revista General*, como sabemos — ha cambiado de modo notable el perfil del profesorado. Se retira la generación que ejercía desde los primeros tiempos de la reforma liberal y otra más preparada, al menos más adecuadamente seleccionada a través del moderno sistema de la oposición previsto en la ley de Instrucción Pública, asume la tarea de escribir y publicar. Los años vertiginosos de la revolución democrática han conocido además el fenómeno de la prensa periódica universitaria (el *Boletín-Revista de la Universidad de Madrid*, 1869-1876, fundado por los juristas krausistas Francisco Giner, José María Maranges y Gumersindo de Azcárate « con la aspiración a servir de órgano [...] a la autorizada voz del Profesorado español en primer término, y de cuantos, sin pertenecer a él, se interesan noblemente por la Ciencia y la Enseñanza »; la *Revista Mensual de Filosofía, Literatura y Ciencias de Sevilla*, 1869-1875, del rector Federico de Castro, con asidua presencia de Francisco Giner o Nicolás Salmerón y traducciones de Hegel y de Ahrens), una experiencia ciertamente fugaz, aunque decisiva en la aparición de una red de juristas académicos que se hacen presentes en las revistas.

De manera que las pretensiones científicas de Emilio Reus coincidieron con los intereses de profesores que disputaban ahora el terreno de la prensa periódica. Conviene añadir que la oralidad tradicional de la institución universitaria comienza por esas fechas a entrar en declive, precisamente cuando la ciencia y la investigación se afirman entre los cometidos naturales de la universidad. Bajo la consigna oficial de favorecer « la investigación científica, sin oponer obstáculos, bajo ningún concepto, al libre, entero y tranquilo desarrollo del estudio » (circular del ministro Albareda, 3 de marzo de 1881), los cambios introducidos en el doctorado parecen la punta

de lanza de este insólito discurso: « las tesis doctorales en todas las facultades serán de libre elección por le candidato, y versarán sobre puntos de investigación científica » (real decreto de 22 de noviembre de 1883, art. 11); « los ejercicios del grado de doctor en la Facultad de Derecho consistirán en la presentación de un discurso escrito ó impreso sobre una tésis jurídica de libre elección por el graduando, quien leerá su trabajo ante un Tribunal compuesto por cinco Jueces, y contestará las observaciones que á continuación se le dirijan por aquellos » (real decreto de 16 de enero de 1884, art. 10); « el Doctorado se dirige á formar hombres capaces de fecundar por sí mismos y de hacer progresar, ya en la elevada tarea del Magisterio, ya en sus producciones literarias, la ciencia á que se dedican » (real decreto de 14 de agosto de 1884, exposición). La creación (en 1918) de una revista de facultad, la madrileña *Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas*, con la finalidad de publicar las mejores tesis, cerraría la parábola iniciada cuatro décadas atrás ⁽¹⁵⁵⁾.

Son reformas que palpitan en nuevos planes de estudio (1883-1884), que tendrán gran continuidad. Ha nacido con ellos la « Historia General del Derecho » como asignatura autónoma, emancipada de la enseñanza de unos « códigos » medievales aún — a su modo — vigentes, cuando está en puertas el ansiado Código civil (1888-1889). Las materias « Derecho Mercantil » y « Derecho Penal », antes absurdamente agregadas en una misma cátedra ⁽¹⁵⁶⁾, cuentan por fin con especialistas diferentes y autonomía disciplinar. Y sobre todo: los nuevos planes han creado una enseñanza de « Literatura y Bibliografía jurídicas » que viene como anillo al dedo al nuevo escrúpulo crítico-literario que iba exhibiendo la *Revista*.

La flamante asignatura, en origen (real decreto de 2 de septiembre de 1883) una « Literatura española y Nociones de Bibliografía y Literatura jurídicas de España » colocada en el ‘curso preparatorio’ de Derecho a cargo de un profesor de Letras, se ha concebido « como un desarrollo, ó mejor dicho, un apéndice de otra literatura

⁽¹⁵⁵⁾ Cf. Carlos PETIT, *La prensa en la Universidad*, cit. (n. 21).

⁽¹⁵⁶⁾ Veo ahí los restos de una vieja, inespecífica enseñanza de ‘Derecho civil, mercantil y criminal de España’, prevista (en tercer año) para facultades todavía ancladas en la enseñanza dominante de los derechos romano y canónico. Cf. art. 19 del real decreto de 17 de septiembre de 1845 (plan Pidal).

de carácter general que se suponía ya anteriormente estudiada, esto es: desarrollando ese aspecto jurídico de la literatura general esPLICADA en la segunda enseñanza » (157). Los primeros retoques en el plan a los pocos meses de vigencia (real decreto de 16 de enero de 1884, art. 8) sacan cátedra y materia de su comprometida posición introductoria y la atribuyen, como « Bibliografía y Literatura jurídicas en general, y en particular de España », al curso de Doctorado en Derecho que existe sólo en Madrid; otro decreto, dictado apenas una semana más tarde (real decreto de 25 de enero), suspende la reforma, que triunfa sin embargo al cabo de unos meses (real decreto de 14 de agosto). Desde entonces, con pequeños cambios en su denominación oficial (desde 1900: « Historia de la literatura jurídica española »), los aspirantes al doctorado en Derecho estaban obligados a cursar la materia de « Literatura jurídica, principalmente española ».

Esas pequeñas anécdotas sobre la definición y puesta en marcha de una asignatura erudita — que nos evocan la fugacidad de ciertas normas educativas: ¡a Dios gracias se pueden infringir los reglamentos!, decía con alivio Giner — resultan profundamente aleccionadoras. Por una parte, los balbuceos ministeriales han sido el resultado inevitable de tener que encajar una nueva enseñanza literaria dentro de una facultad que tradicionalmente exigía estudios de latín, de historia, de literatura: un cumplido ‘curso preparatorio’ para futuros juristas impartido en las facultades de Letras, presente

(157) Utilizo el interesante dictamen del Consejo de Instrucción Pública (sección segunda, 20 de abril de 1886) sobre las posibles analogías de la nueva cátedra con las preexistentes: un paso obligado para resolver el concurso de provisión, del que sale triunfador un colaborador de la « Revista General », el historiador del derecho y bibliófilo Rafael de Ureña (Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, caja 7295); cf. *El catedrático y la biblioteca. Visigotismo y profesión universitaria de Rafael de Ureña*, que es mi estudio introductorio (vii-clxxiv, particularmente pp. lv ss, de donde tomo lo necesario) a la edición de Rafael de UREÑA Y SMENJAUD, *La legislación gótico-hispana...* (1905), Pamplona, Ugoiti, 2003. Como antecedente (que no se tuvo presente en 1883) conozco una ‘Bibliografía del Derecho antiguo y moderno’, como materia de Doctorado, propuesta por la Universidad de Sevilla en los tiempos anteriores a Moyano: cf. José María DE ALAVA Y URBINA, *Informe del claustro de Jurisprudencia de la Universidad Literaria de Sevilla*, en « Revista de Ciencias, Literatura y Artes », 1, 1855, pp. 11-33, 75-82, 157-168 más encarte.

en la universidad española hasta los años 1940. En otra ocasión he podido extenderme sobre el sentido cultural — de cultura jurídica, claro está — que tenían tales exigencias, por lo que no parece del caso fatigar la atención generosa del lector ⁽¹⁵⁸⁾. Me limito a destacar las distancias que mediaban entre las dos asignaturas literarias, pues si la literatura española del curso preparatorio de Derecho se apoyaba en la lógica viejísima de la elocuencia forense y sus saberes, la nueva literatura/bibliografía jurídica del doctorado quería responder al dicho ‘modelo científico’ para los estudios superiores que, en rigor, suponía la superación de la primera.

Por otra parte, se comprende enseguida que los cambios introducidos en la *Revista General* respondieron a la razón latente en los estudios jurídicos contemporáneos — cuyos materiales de reforma, por cierto, fueron aireados en las páginas de aquélla ⁽¹⁵⁹⁾. La novedosa combinación de aspiraciones científicas en el estudio del derecho con las ansias por disponer de instrumentos crítico-bibliográficos que permitiesen satisfacerlas parece ser un punto común de encuentro del plan Gamazo de 1883 (que crea la cátedra iusbibliográfica) y de la línea editorial seguida por la *Revista* de Reus (que titula precisamente la refundada sección de reseñas con el nombre oficial de esa cátedra y materia). No extraña en absoluto que Rafael de Ureña, titular de la nueva enseñanza, ejerciera además como responsable de la sección literaria de la *Revista General*, especializándose en la noticia de publicaciones extranjeras ⁽¹⁶⁰⁾.

⁽¹⁵⁸⁾ Carlos PETIT, *Discuso sobre el discurso*, cit. (n. 9), pp. 66 ss.

⁽¹⁵⁹⁾ Cf. Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Proyecto sobre reforma de los estudios de la Facultad de Derecho*, en RGLJ, 63, 1883, pp. 350-379, con la siguiente « Advertencia importante. Por encargo expreso del Sr. Sánchez Román, se declara en su nombre que al estudio y redacción del anterior proyecto y de todos los demás trabajos complementarios que con él se presentaron al Excmo. Sr. Ministro de Fomento, ha colaborado eficazmente el Catedrático numerario de la Facultad de Derecho en la Universidad de Granada, D. Rafael de Ureña y Smenjaud ».

⁽¹⁶⁰⁾ Este extremo, que no conocía en mi estudio anterior sobre Ureña (cf. Carlos PETIT, *El catedrático y la biblioteca...*, cit. [n. 157]), se documenta en una de las cartas del editor Julián Martínez (cuñado de Emilio Reus) a otro de los colaboradores de la RGLJ, el penalista salmantino Dorado Montero, sobre el que inmediatamente volveremos: Julián Martínez a Pedro Dorado Montero (Madrid, 9 de marzo, 1902), en Archivo Universitario de Salamanca, *Fondo Dorado*, V 2 (39): « [...] He dado nueva orga-

Si analizamos ahora los resultados de la reforma de Reus encontramos lo siguiente. A comienzos del período considerado la literatura francesa conserva el papel protagonista, aunque no falten las obras italianas; acaso pudiera concluirse que son restos del ‘modelo forense’ que tuvo siempre en la vecina Francia el paradigma del ‘foro moderno’ ⁽¹⁶¹⁾. Por ejemplo, en el vol. 58, correspondiente a 1881, de dieciséis libros extranjeros en la sección la mayoría corresponde a títulos franceses, con sólo cinco italianos, mientras que el vol. 61 (1882) da cuenta de cinco obras francesas, más una simbólica reseña de un libro alemán. Tal dominio de la producción francesa se mantiene en los años posteriores (así, en el vol. 66 [1885], P. Pastor Díaz, redactor de las « Notas bibliográficas », anuncia tres obras francesas; Emilio Reus añade seis reseñas más, una de título italiano). En cualquier caso, el interés por la literatura extranjera, al margen temática y procedencia, se hace constante, contándose con volúmenes que publican hasta una veintena de notas críticas (diecinueve en vol. 63 [1883]; veintiuna en vol. 64 [1884]).

Ahora bien, en esos tomos de los años 1880 encontramos elementos que orientan la atención inespecífica por el derecho extranjero hacia la recepción masiva de autores y títulos italianos: la *Revista General* se convierte entonces en observatorio privilegiado para tomar el pulso a la progresiva « italianización » de la ciencia jurídica española, un conocido fenómeno que persiste en nuestros días. En efecto, desde comienzos de la década la sección de artículos acoge traducciones del italiano, algunas auténticas monogra-

nización a la Sección bibliográfica, encargando de la misma al Sr. Ureña. En ella se darán cuenta de todas las obras que se envíen a la Revista dos ejemplares [...] el redactor que haga el juicio crítico, tendrá derecho a un ejemplar a cambio del examen de la obra. Cuando los autores o editores envíen un ejemplar, quedará encargado de hacer el juicio crítico el Sr. Ureña mediante abono de la Revista, por no poder esta desprenderse del ejemplar ». En lo que hace a las reseñas de Ureña en la *General* cf. *El catedrático y la biblioteca*, *supra* cit., pp. clxii-clxix y clxxi-clxxii.

⁽¹⁶¹⁾ Y puede añadirse que las bibliotecas jurídicas españolas hacia mediados de siglo se nutrían exclusivamente de productos franceses cuando se trataba de incorporar doctrina jurídica moderna: cf. Carlos PETIT, *Textos y contextos para una historia de la cultura jurídica europea*, en AA.VV., *Cultura jurídica europea: una herencia persistente*, Sevilla, Seminario permanente de cultura jurídica (Universidad Pablo de Olavide), 2002, 61-71.

fías ⁽¹⁶²⁾, y ciertas materias parece que sólo se abordan gracias a plumas italianas; en este sentido, el caso de Pasquale Fiore presenta un interés particular: conocido en 1879, cuando comienza a publicarse, apenas fresca la tinta de la edición italiana, la versión española del *Trattato di diritto internazionale pubblico*, difundida y comentada su obra entre los sectores más renovadores de la edición jurídica y del pensamiento internacionalístico españoles, el famoso profesor napolitano figuró durante años como uno de los colaboradores principales (quiero decir: no sólo entre los italianos, ni siquiera entre el resto de extranjeros) con que contó en absoluto la *Revista General*, que no duda en confiarle la responsabilidad de su sección de « Derecho internacional, público y privado » ⁽¹⁶³⁾. Al lado de Fiore el rumbo del periódico de Reus se alimenta con nombres mayores y menores de la academia y del foro italianos — Moisé Vitali ⁽¹⁶⁴⁾, Alfredo Tortori ⁽¹⁶⁵⁾, Valerio Campogrande ⁽¹⁶⁶⁾,

⁽¹⁶²⁾ Por ejemplo, Emilio BRUSA, *Los caracteres de la escuela criminalística italiana, especialmente respecto a algunas modernas cuestiones teóricas y prácticas*, en RGLJ, 59, 1881, pp. 418-500 y 60 (1882), 58-90 y 210-230. Cf. aún, del mismo, *Instituto del Derecho Internacional*, *ibid.* 63, 1883, pp. 409-453; del mismo, *Asociación para la reforma y codificación del derecho internacional*, *ibid.* 64, 1884, p. 5-20.

⁽¹⁶³⁾ Pasquale FIORE, *Consideraciones sobre el movimiento jurídico internacional moderno*, en RGLJ, 61, 1882, pp. 337-350; *De la competencia de los tribunales de los Estados respecto de los soberanos de los gobiernos extranjeros*, *ibid.* 64, 1884, pp. 489-514; *El buque mercante en sus relaciones con el derecho internacional. Necesidad de un derecho uniforme*, *ibid.* 66, 1885, pp. 281-301; *De la personalidad jurídica de los entes morales y de la personalidad jurídica del Estado en el interior y en el exterior*, *ibid.* 84, 1894, pp. 446-461, 85 (1894), 17-33 y 86 (1895), 163-174 y 401-421; *Contrabando de guerra*, *ibid.* 88, 1896, p. 201-228 y 417-449; *La compraventa en el derecho internacional*, *ibid.* 89, 1896, pp. 417-430, 90 (1897), 451-464 y 681-689, 91 (1897), 385-392 y 92 (1898), 49-59 y 348-360; *Consideraciones acerca de la Nota del Emperador de Rusia par la conferencia*, *ibid.* 94, 1898, pp. 79-95; *De la ley que, según los principios del Derecho internacional, debe regular las obligaciones que nacen sin contrato*, *ibid.* 96, 1900, pp. 324-331 y 97 (1900), 39-44.

⁽¹⁶⁴⁾ Moisés VITALI (Turín), *Los actos de comercio en el nuevo Código italiano*, en RGLJ, 66, 1885, pp. 558-589; *La separación entre el Derecho mercantil y el civil*, *ibid.* 72, 1888, pp. 458-467.

⁽¹⁶⁵⁾ Alfredo TORTORI, *Notificación de las listas de testigos*, en RGLJ, 80, 1892, pp. 369-377.

⁽¹⁶⁶⁾ Valerio CAMPOGRANDE, *Los derechos sobre la propia persona*, en RGLJ, 88,

Carlo Lessona⁽¹⁶⁷⁾, Aristo Mortara⁽¹⁶⁸⁾, Riccardo Bacchi⁽¹⁶⁹⁾, Vincenzo Manzini⁽¹⁷⁰⁾ — todos ellos convertidos en referencias familiares para el público de la *Revista*⁽¹⁷¹⁾. A veces sus obras eran también publicadas como volumen autónomo en la « Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros » (otra novedad de Emilio Reus en lo tocante a la apertura al exterior de la preexistente « Biblioteca ... »), de la misma casa editorial⁽¹⁷²⁾. Y es que se trataba de « estimular á los publicistas españoles á hacer obras de investigación personal, seria, detenida, en la seguridad de encontrar en ello alguna recompensa. Además, formar en España una colección de obras que fueran expresión acabada de lo que nuestros... jurisconsultos son capaces de hacer relacionados con el gran movi-

1896, pp. 514-545 y 89 (1897), 18-34; *El aborto en relación con el jus in se ipsum*, *ibid.* 90, 1897, pp. 273-288, con primera nota que remite a su obra *Los derechos sobre la persona propia* (1896), trad. de Constanancio BERNALDO DE QUIRÓS, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1896; *El adulterio en el derecho civil*, *ibid.* 92, 1898, pp. 455-463; *Renuncia a la herencia y gastos de funeral*, *ibid.* 93, 1898, pp. 248-256.

⁽¹⁶⁷⁾ Carlos LESSONA (Pisa y Roma), *Génesis histórica del art. 737 del Código civil español*, en RGLJ, 87, 1895, pp. 465-505 y 88 (1896), 72-91 y 245-271; *La institución de los hombres buenos*, *ibid.* 89, 1896, pp. 362-368; *Los deberes sociales del derecho procesal civil*, *ibid.* 91, 1897, pp. 466-494 y 92 (1898), 26-48 y 209-224.

⁽¹⁶⁸⁾ Aristo MORTARA, *La conmutación de las penas, estudiada en el derecho y en las legislaciones*, en RGLJ, 88, 1896, pp. 468-503, 89, 1896, pp. 322-351, 90, 1897, pp. 418-428 y 593-602 y 91, 1897, pp. 5 ss y 306 ss.

⁽¹⁶⁹⁾ Ricardo BACHI [sic] (Vicenza), *El nuevo desarrollo de la administración municipal en Inglaterra*, en RGLJ, 96, 1900, pp. 84-92 y 476-485 y 99, 1901, pp. 27-43.

⁽¹⁷⁰⁾ Vicente MANZINI, *La labor legislativa italiana de los últimos tres años*, en RGLJ, 93, 1898, pp. 413-425 y 94, 1899, pp. 301-313.

⁽¹⁷¹⁾ Autores extranjeros de otra procedencia son escasísimos: J.J. TAVARES DE MADEIROS (Lisboa), *Relaciones de la Antropología con el Derecho* (trad. de Manuel TORRES CAMPOS), en RGLJ, 79, 1891, pp. 114-138, 317-341 y 547-556; Arturo MACDONALD (Clark University, Worcester, Mass.), *Aplicaciones de la ética á la criminología* (trad. de Lorenzo DE BENITO), *ibid.* 80, 1892, pp. 465-477. Habrá que avanzar en el tiempo para encontrar doctrina francesa: Francisco GÉNY, *La noción del Derecho positivo á principios del siglo XX*, *ibid.* 99, 1901, pp. 154-162 y 303-319.

⁽¹⁷²⁾ Por ejemplo, Pasquale FIORE, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, trad. Enrique AGUILERA DE PAZ, Madrid, Reus, 1893 (nuevas eds. en 1900 y 1927), en relación a la serie 'De la irretroactividad de las leyes' en RGLJ, numerosas entregas entre 1886 y 1890.

miento científico extranjero » (173). Son los momentos de la sonada polémica en torno a la ciencia española de los Menéndez Pelayo y compañía, debate que Emilio Reus, como vemos, resolvía positivamente a su manera (174).

La tendencia apuntada se refuerza con los contenidos de otra de las innovaciones de Reus. Me refiero a la *revista de revistas extranjeras* (Pastor Díaz, Aguilera ...), donde pronto se ofrece crónica especial italiana (175). Y así, a medida que pasan los años aumentan las informaciones literarias del país mediterráneo, que llegan a ser dominantes en la década de los 1890: se diría que el libro foráneo disponible por entonces en el mercado español procedía casi siempre de la península vecina (176). Se hace también frecuente extractar artículos de *Il Diritto Commerciale* (Pisa), la *Rivista Penale* (Bologna), el *Archivio Giuridico* (Pisa), la *Rassegna di Diritto Commerciale* (Turín), el *Circolo giuridico* (Palermo) o *Il Filangieri* (Nápoles-Milán), con anuncio de contribuciones originales a la revista española de lo que son, en rigor, versiones resumidas (no pocas veces bastante generosas en números de páginas) de artículos publicados en esas otras sedes: en tal concepto de semi-autoría, a un paso de la reseña pero sin llegar del todo a la completa traducción, desfilan por la *Revista General* un Achille Loria, que escribe sobre socialismo jurídico en *La scienza del diritto privato* (RGLJ 84 [1894] 519-527), un Vittorio E. Orlando, cuyo trabajo sobre el fundamento jurídico de la responsabilidad política se toma de la *Revue de Droit Public ...*

(173) Cf. Emilio Reus, cit. (n. 98), p. 438.

(174) Enrique GARCÍA CAMARERO (ed.), *La polémica de la ciencia española*, Madrid, Alianza, 1970.

(175) Vincenzo MANGANO (Palermo), *Revista de la prensa jurídica italiana*, en RGLJ, 72, 1888, pp. 702-708; cf. *Publicaciones jurídicas en Italia*, *ibid.*, pp. 125-127; *Revista de la prensa jurídica italiana*, *ibid.* 76, 1890, pp. 683-698. Aun sin precisar la procedencia geográfica, el lector de la *General* sabía que una « revista de la prensa profesional extranjera » que allí se publicara era abrumadoramente italiana: cf. Isidro PÉREZ OLIVA, *Revista...*, *ibid.*, pp. 573-584. Parece excepcional reservar un trato semejante a la doctrina de otros países: José MALUQUER Y SALVADOR, *Revista centroamericana*, *ibid.*, pp. 103-105, 209-211, 438-446.

(176) Valga de muestra el vol. 82, 1893: Pedro Dorado nutre la sección de “Literatura y bibliografía jurídicas” con once reseñas de obras italianas; Posada añade otra.

(RGLJ 84 [1894] 203-213), un Ippolito Santangelo Spoto, autor de *El fideicomiso democrático* en el *Archivio Giuridico*, adaptado de inmediato para consumo del público nacional (RGLJ 87 [1895], 652-661), etc. En este animado contexto las revistas comienzan a dialogar entre sí, con puntual acuse de recibo de las tendencias registradas en Italia: por ejemplo, tras publicarse en Florencia *La Scienza del diritto privato* (1893) al momento se sabe en Madrid — gracias a la diligencia de Pedro Dorado Montero, cuyo nombre incluía ese periódico italiano en el elenco de sus colaboradores ⁽¹⁷⁷⁾ — que la « revista [...] ha nacido con el propósito de aplicar al derecho privado los nuevos métodos de investigación y los resultados últimos de las ciencias experimentales » (RGLJ 82 [1893], 473). Con el conocimiento y la lectura cruzada surge, cuando conviene, la controversia: un apetecible resultado científico de los intercambios profesionales ⁽¹⁷⁸⁾. Cosas de *ciencia*, en fin, que documentan también las traducciones ⁽¹⁷⁹⁾.

Pero la *ciencia jurídica* que encontramos en la *Revista*, buscada

⁽¹⁷⁷⁾ Cf. Paolo GROSSI, '*La Scienza del diritto privato*'. *Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo, 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 9, pero no me consta que allí llegase a publicar. En todo caso, Dorado seguía con atención esta renovadora publicación y los esfuerzos de su director, Alfredo Tortori, con quien mantenía fluida correspondencia; *vid.* aún Alfredo TORTORI, *Sociologia e diritto commerciale* (1895), en RGLJ, 88, 1896, pp. 402-403 (Pedro Dorado), con su aplauso a los colegas italianos responsables de impulsar « el movimiento de renovación sociológica » en los estudios de derecho civil y mercantil.

⁽¹⁷⁸⁾ Cf. Luigi LUCCHINI, Jerónimo VIDA, *El derecho penal y las nuevas teorías*, carta del primero al segundo (Bolonía, 6 de mayo de 1892) y la pertinente respuesta (Antequera, Málaga, 6 de junio de 1892), entre las 'Noticias bibliográficas' de RGLJ, 81, 1892, pp. 202-211. Curiosamente, este intercambio hace de la « Revista » un foro para depurar odios italianos: cf. F. PUGLIA, *El derecho penal y las nuevas teorías*, *ibid.* 633-635, otra carta (Mesina, 21 de septiembre de 1892) dirigida a José M. Manresa, director de la publicación española, donde se aireaba la persecución académica contra los positivistas.

⁽¹⁷⁹⁾ Muy interesante la fortuna española de Enrico FERRI, *Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal. Segunda edición corregida y aumentada con una Tabla gráfica de la criminalidad en Italia y un prólogo del autor escrito expresamente para la edición española*. Versión castellana de don Isidro PÉREZ OLIVA, abogado del Estado. Madrid, Centro Editorial de Góngora (= Nueva Biblioteca Universal — Biblioteca Jurídica, XXI), 1887. La 'Introducción a la traducción española' (pp. v-xx) se dirige a contestar las críticas formuladas a Ferri por el penalista español Felix P. DE ARAMBURU

tan alegremente en la prensa italiana, presenta los tintes novedosos del movimiento positivista nacido en los estudios penalísticos y pronto extendido hacia otros campos, en especial el terreno del derecho privado. Las razones son fáciles de comprender: « en estos últimos años », dirá uno de los responsables de la difusión española del movimiento, « viene Italia desplegando una sorprendente actividad en el cultivo de la ciencia, singularmente en algunos ramos de la jurídica, hasta el punto de haberse acaso adelantado á las demás naciones y dándoles la norma; ha producido grandísimo número de obras, algunas de reconocido mérito; ha visto encenderse y multiplicarse en su seno fuertes luchas en el orden del pensamiento [...] ha centuplicado, puede decirse, toda su vida intelectual »⁽¹⁸⁰⁾. Y frente al entusiasmo positivista, la recepción de otra forma de hacer ciencia del derecho, en particular la rigurosa dogmática alemana, ha sido residual: el BGB pasa en España casi desapercibido⁽¹⁸¹⁾, acaso porque sólo ha llegado por aquí el segundo Jhering⁽¹⁸²⁾. En realidad, aparte ocasionales reseñas, apenas se registran otras cosas procedentes de Alemania que varios extractos de la

Y ZULOAGA, *La nueva ciencia penal*, Madrid 1887 (como vemos un libro coetáneo, mas estudiado de inmediato por el italiano quien acredita, en general, un buen conocimiento de cosas españolas); en esas páginas Ferri recuerda a Aramburu la vigorosa presencia en España de las corrientes positivas (cf. p. xix, con mención del nombre del traductor, más los de Morote, Gil Ossorio, Pérez Caballero y Concepción Arenal).

⁽¹⁸⁰⁾ Pedro DORADO MONTERO, *El Positivismo en la ciencia jurídica y social italiana*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1891, p. [9].

⁽¹⁸¹⁾ Con todo, se registra Bienvenido OLIVER Y ESTELLER, *Breve sumario del Proyecto de Código civil de Alemania* cit. (n. 110). Rafael ALTAMIRA dio cuenta de la obra (a sugestión de Joaquín Costa), en otra interesante publicación, no específicamente jurídica pero con amplia presencia de juristas y apertura al exterior: *El Proyecto de Código civil alemán*, en « Boletín de la Institución Libre de Enseñanza », 13, 1889, pp. 349-351.

⁽¹⁸²⁾ Pero cf. aún IHERING, *El fundamento de la protección posesoria*, en RGLJ, 81, 1892, pp. 5-39, traducido (adelanto de una versión completa) y anotado por un desconocido colaborador (¿se trataría de Ramón M^a de Dalmau, marqués de Olivart, secuaz del profesor de Gotinga en una corpulenta monografía sobre *La Posesion, apuntes y fragmentos de una nueva teoría posesoria. Noción en el derecho abstracto. Etimología, carácter jurídico. Base de su protección*, Barcelona, Jaime Jesús, 1884?). Sobre este Jhering entre nosotros, Carlos PETIT, *El catedrático y la biblioteca*, cit., (n. 157), pp. lxxiv ss., xciv ss.

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft obra de Jerónimo Vida, profesor de Derecho Penal en Salamanca y de Derecho Político en Granada ⁽¹⁸³⁾.

El citado Vida y una interesante incorporación de esa época, el ya mencionado Pedro [García] Dorado Montero (1861-1919) ⁽¹⁸⁴⁾, son los principales responsables de proseguir el impulso de Emilio Reus cuando la *Revista General* pasó a ser dirigida por José M^a Manresa Navarro, con el cuñado del primero, Julián Martínez, al frente de la empresa editorial; por cuenta de Dorado — acompañado de una cohorte de conversos ⁽¹⁸⁵⁾ — corrió además la orientación positivista palpable en ese periódico.

La relación de Dorado con Italia, siempre intensa, ha nacido de su estancia en el Colegio de San Clemente de los Españoles en Bo-

⁽¹⁸³⁾ Cf. RGLJ, 78, 1891, pp. 480-496; 79, 1891, pp. 399-420; 80, 1892, pp. 178-201 y, en parte, pp. 400-422; 81, 1892, pp. 409-438, también parcialmente: Vida resumía ahí, además, la « Rivista Penale » y las « Archives d'anthropologie criminelle ». En el mencionado caso de semi-autoría, siempre procedente de la « Zeitschrift... » y otra vez gracias a Vida, se anuncia como artículo en índice J. GROSS, *La preparación del jurista práctico*, en RGLJ, 86, 1895, pp. 440-450, inserto en el cuerpo del volumen en la 'Revista de la prensa jurídica extranjera'.

⁽¹⁸⁴⁾ De todas formas, habrá que volver sobre el personaje a la luz de las cartas de su archivo, conservadas y ahora disponibles en el de la Universidad de Salamanca (cf. Luís SÁNCHEZ GRANJEL y Gerardo SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, *Cartas a Dorado Montero*, Salamanca, Europa Artes Gráficas, 1985). Vid. Francisco Javier VALLS, *La filosofía del Derecho de Pedro Dorado Montero (1861-1919)*, en « Anales de la Cátedra Francisco de Suárez », 11/2, 1971, pp. 193-280; Juan Andrés BLANCO RODRÍGUEZ, *El pensamiento sociopolítico de Dorado Montero*, Salamanca, CSIC (Centro de Estudios Salmantinos), 1982; Vicente RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, *La in-sumisión en Dorado Montero. El tema insumalista en la encrucijada ideológica de la Restauración*, Salamanca, Hespérides, 1993.

⁽¹⁸⁵⁾ Por ejemplo, varios años antes de la aparición de Dorado, Luís MOROTE, *El derecho penal según la ciencia positivista*, en RGLJ, 65, 1884, pp. 439-468, que conoce perfectamente *L'uomo delinquente* de Lombroso; R. GIL-OSSORIO y SÁNCHEZ, *Ferri y la Escuela penal positiva*, *ibid.* 67, 1884, pp. 49-87: una lectura atenta de *I nuovi orizzonti*, abierta a las nuevas corrientes aunque lejos de entusiasmos. El mismo Morote se muestra entusiasta en su crónica (más bien una versión del discurso de Enrico Ferri con síntesis de los trabajos del encuentro) sobre *El primer Congreso internacional de Antropología criminal*, *ibid.* 68, 1886, pp. 270-300; cf. p. 300, conclusiva: « Italia, la nación de ayer, es la maestra de la nueva ciencia; ¡cuándo despertará España, y aunque sea detrás de todos, emprenderá el camino de la investigación antropológica! ».

lonia ⁽¹⁸⁶⁾ (1885-1887), a donde acude Dorado tras doctorarse con el iusfilósofo Francisco Giner en Madrid (1885). « Allí, sobre la base de amplitud y tolerancia adquirida por el influjo del señor Giner », escribe nuestro autor a Federico Urales en 1900, « empecé a leer todos los libros y otras publicaciones que podía (de Spencer, de Ardigó, de Richet, de los criminalistas antropólogos que empezaban entonces a meter ruido, etc.) Sus doctrinas, enteramente nuevas para mí, pues — salvo en la clase del señor Giner — nunca había oído ni siquiera mencionarlas durante mi carrera, me interesaron cada vez más, y acabé por dejar de ser católico » ⁽¹⁸⁷⁾. Sea como fuera (Dorado protagonizó una sonada polémica con el obispo local, quien prohibió la asistencia a su herético curso penalístico a raíz de la acusación presentada por estudiantes quejosos de unas explicaciones « no sólo [...] positivistas [...] sino lo que es más, materialistas ») ⁽¹⁸⁸⁾, nos interesa precisar que las lecturas del joven Dorado en una Italia recorrida por el positivismo se convierten de inmediato en numerosos escritos, que dan cuenta por aquí de las nuevas corrientes ⁽¹⁸⁹⁾. Junto a sus incansables reseñas, dos importantes volúmenes sobre *La Antropología criminal en Italia* (1889) y *El Positivismo en la Ciencia Jurídica y Social Italiana* (se trata, en rigor, de una antología en castellano de las plumas más re-

⁽¹⁸⁶⁾ Cf. Antonio PÉREZ MARTÍN, *Proles Aegidiana. 4. Los colegiales desde 1801 a 1977*, Bolonia, Real Colegio de España, 1979, pp. 1832-1833. El bienio anterior está en el Colegio Isidro Pérez y Oliva (cf. pp. 1830-1831), a quien conocemos como traductor de Enrico Ferri, redactor de reseñas y de 'revista de revistas' en la « General » (cf. por ejemplo vol. 78 [1891], 88-99, con información italiana en exclusiva). De todas formas, el papel del Colegio de San Clemente en los procesos de difusión española de doctrina italiana no comienza a ser preponderante hasta los años 1920 y 1930 (con los civilistas Alfonso García Valdecasas, 1923-1925; Miguel Royo, 1929-1930; José Beltrán de Heredia, 1934-1936; Diego Espín Cánovas, 1934-1935), esto es, a partir de la progresiva presencia de colegiales que, a su regreso a España, emprenden la profesión universitaria.

⁽¹⁸⁷⁾ Francisco Javier VALLS, *La filosofía*, cit. (n. 184), pp. 93-94.

⁽¹⁸⁸⁾ Ignacio BERDUGO, Benigno HERNÁNDEZ MONTES, *Enfrentamiento del P. Cámara con Dorado Montero*, Salamanca, Diputación Provincial, 1984.

⁽¹⁸⁹⁾ Pedro DORADO MONTERO, *Sobre el estado de la ciencia jurídica italiana en los momentos presentes*, en « Boletín de la Institución Libre de Enseñanza », 10, 1886, pp. 137-139; del mismo, *Pietro Siciliani, profesor y filósofo*, *ibid.* pp. 185-186, 225-227 y 280-282.

levantes de la universidad italiana) ⁽¹⁹⁰⁾, jugaron un papel decisivo en la difusión española de los *novi*, abriendo el camino a una marea de traducciones.

Las dos obras indicadas son los frutos primeros (también, al menos por envergadura física, los mayores) de una colaboración estrechísima de Dorado con la *Revista General*, que nunca se interrumpirá. Los inicios de esa larga colaboración — determinante en la marcha ‘internacional’ de nuestro periódico — datan de 1889, cuando Dorado, a la vuelta de Bolonia, publica « La Ciencia penal en la Italia contemporánea » ⁽¹⁹¹⁾. Los conocimientos del joven salmantino y su extensa red de contactos le convierten, aún antes de acceder a cátedra universitaria, en un valor de referencia para el editor Martínez, cuyas cartas nos informan sobre los más variados asuntos de un interesante intercambio profesional. Sabemos, por ejemplo, de las reticencias iniciales para dar a luz *El positivismo...* (« conozco las condiciones del público que compra obras, y tengo la seguridad de que no me reintegraría de los gastos, no porque el trabajo siendo de V. no reuna todas las circunstancias necesarias para ser leído con gusto, sino porque estos libros tienen un público limitado »), acordándose al final adelantar algunos capítulos como artículos (cf. Pedro Dorado Montero, « El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana », en RGLJ 78 [1891], 178-243, 289-353) ⁽¹⁹²⁾ y repartir las ganancias una vez cubiertos los gastos de impresión ⁽¹⁹³⁾; los ejemplares de la anterior *Antropología* [...] serían agregados (« primera parte ») a lo nuevo, alterando el frontis-

⁽¹⁹⁰⁾ Cf. *El Positivismo* cit. Dividido en dos partes « por razones puramente editoriales » que inmediatamente desvelaremos, la primera (‘El derecho penal’) era « reproducción del que, con el título de *La Antropología...* publicamos en 1889 ».

⁽¹⁹¹⁾ En RGLJ, 74, 1889, pp. 258-301, 475-496, 713-733; *ibid.* 75, 1889, pp. 132-159, 337-360, 650-674.

⁽¹⁹²⁾ La economía política y el derecho civil se estimaron las más atractivas para la *Revista*. Cf. Julián MARTÍNEZ a Pedro DORADO (Madrid, 2 de marzo, 1891), en *Fondo Dorado* cit. (n. 160), V 1 (5).

⁽¹⁹³⁾ Julián MARTÍNEZ a DORADO MONTERO (Madrid, 24 de diciembre, 1890), en *Fondo Dorado* cit. (n. 160), V 1 (3). Resumen el contenido de estos materiales Luis S. GRANJEL — Gerardo SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, *Cartas a Dorado Montero* cit. (n. 184), en particular pp. 79 ss. sobre ‘Dorado Montero y sus editores’.

picio (194). A pesar de los malos augurios, sin duda por el clima favorable de la *Revista*, pasados unos años *El Positivismo...* de Pedro Dorado — la tirada fue de quinientas o seiscientas copias — se revela un buen negocio, y así lo invoca como ejemplo a seguir aquel editor ante su autor (195).

Más que su regular aportación de trabajos (« de pago ») para la *Revista* (196), a nosotros nos interesa Dorado Montero como una pieza clave en el giro internacional del periódico de Reus. Las jugosas cartas que examinamos le presentan como el asesor que puede orientar a un librero inexperto hacia los tratados extranjeros que conviene introducir (« si pudiera yo saber qué obras especiales hay en Alemania y en Francia é Italia sobre la prueba testifical, sobre la prueba de indicios puede ser que me animara á publicar algo ») (197), por supuesto contando con Dorado como traductor y anotador — confesado o anónimo — de algún gran italiano (198). Pero el políglota penalista también fue intermediario de los Reus con otros distinguidos colaboradores de la *Revista*, y así el mercantilista Lorenzo de Benito — siempre atrás en sus compromisos — o el propio Jerónimo Vida, que supo dar al periódico el mejor tono

(194) Julián MARTÍNEZ a DORADO MONTERO (Madrid, 8 de febrero, 1891), en *Fondo Dorado* cit. (n. 160), V 1 (4).

(195) Entre otras, cf. Julián MARTÍNEZ a DORADO MONTERO (Madrid, sin data, pero ca. febrero, 1896), en *Fondo Dorado* cit. (n. 160), V 2 (27); *ibid.* V 2 (35) (Madrid, 16 de octubre, 1901): « ¿Cuándo intenta V. alguna obra que podamos hacer tirada aparte, en la forma del *Positivismo*? ».

(196) Artículos que también podían tener una misión divulgadora y crítica de la doctrina extranjera: Pedro DORADO MONTERO, *Opiniones recientes sobre el delincuente y el delito*, en RGLJ, 78, 1891, pp. 23-38 y 79, 1891, pp. 300-307, a propósito de Angelo VACCARO, *Genesi e funzioni delle leggi penali*, 1889.

(197) Julián MARTÍNEZ a DORADO MONTERO (Madrid, 6 de abril, 1891), en *Fondo Dorado* cit. (n. 160), V 1 (16). Por entonces la editorial de la « Revista » preparaba el segundo volumen (Montero asume la anotación española) de Edouard BONNIER, *Traité théorique et pratique des preuves* (1843).

(198) Julián MARTÍNEZ a DORADO MONTERO (Madrid, 12 de abril, 1891), en *Fondo Dorado* cit. (n. 160), V 1 (8): « Dígame V. si quiere encargarse de la traducción de un trabajo de D. Pasquale Fiore, que tendrá calculo yo, unos cuatro pliegos impresos de 16 páginas [...]. Se paga á 25 pesetas el pliego impreso de traducción de 16 páginas ». El penalista salmantino se apresuró a aceptar el encargo: Pasquale FIORE, *Sobre la aplicación é interpretación de las leyes*, en RGLJ, 80, 1892, pp. 100-118 y 478-536.

con noticias de la prensa alemana (199). Y nadie como Dorado, en fin, para apreciar, desde un conocimiento profundo de la prensa jurídica extranjera, las miserias y los límites — unos límites no sólo mercantiles — del corto mercado español (200).

Las cartas a Dorado son la crónica minuciosa de la atención por el derecho extranjero que acredita la *Revista General* en los momentos de mayor auge de la doctrina italiana. En efecto, a par-

(199) Algunos ejemplos, sobre Benito: Julián MARTÍNEZ a DORADO MONTERO (Madrid, 2 de marzo, 1891), en *Fondo Dorado* cit. (n. 160), V 1 (5): « Para el próximo número desearía remitiera Lorenzo Benito la bibliografía »; *id.* V 1 (13) (Madrid, 12 de junio, 1891); también *id.* V 1 (19) (Madrid, 29 de septiembre, 1891): « Dirá V. al amigo Benito de mi parte que hace mucho tiempo le envié dos obritas de carácter mercantil, y el juicio crítico no lo he visto ». Sobre Vida: *id.* V 1 (8) (Madrid, 12 de abril, 1891): « Recuerde V. a Vida que no olvide lo relativo á la revista alemana »; también *id.* V 1 (39) (Madrid, sin fecha: ¿marzo de 1892?): « Diga V. a Vida que el número está a falta de su revista extranjera [...] que haga su trabajo detallado y bueno, pues es preciso impresionar favorablemente a los nuevos suscriptores »; *id.* V 1 (9) (Madrid, 27 de abril, 1891): « También dirá V. á Vida que el extracto de las revistas alemanas es conveniente vaya en el número próximo, para que vean en Alemania que nos ocupamos de ellos ».

(200) Julián MARTÍNEZ a Pedro DORADO (Madrid, agosto, 1895), en *Fondo Dorado* cit. (n. 160), V 2 (22): « Como sabe V. que en este país no prosperan las Revistas científicas, no sé si encajará V. en la “Revista” »; *id.* V 2 (38) (Madrid, 6 de enero, 1902): « Tienen V.V. los autores la presunción de que los editores vendemos mucho y nos hacemos ricos, y por mi parte sé decir que no he tenido gran suerte con obras españolas, y que como Lázaro, sólo puede uno defenderse con obras extranjeras. Si estuvieran V.V. en Francia ó Italia comprendo que esta presunción fuera cierta; pero en España [...] como no se desarrolle más la afición al estudio, es dinero tirado a la calle el que se emplee en publicar obras de carácter científico. Aquí no vive ninguna Revista de carácter científico: si la *Revista de Legislación* tiene vida, es por su carácter práctico. Si no fuera por esto, no existiría ». En lo que hace a límites no crematísticos, como los ideológicos, son muy relevantes las cartas sobre la traducción de Francesco Saverio NITTI, *Il socialismo cattolico* (1891): tras un intenso intercambio epistolar la « Revista » rechazó su publicación, pues « según el Sr. Robles [i.e. Enrique Gil y Robles, conocido profesor de Derecho Político en Salamanca, del ala integrista] [...] dista mucho la citada obra de ser imparcial y sobre todo hay ataques a la religión católica [...] el Sr. Manresa no cree prudente llevar á cabo la publicación [...] podría ocasionar graves quebrantos á esta Revista » (*id.* V 1 [43], Madrid, 14 de octubre, 1892). Cf. en general *id.* V 2 (40) (Madrid, 31 de mayo, 1903): « el Sr. Manresa es bastante tolerante; la única prohibición que pone es que se ataque a la religión y a las instituciones, cosa muy natural... pues V. comprenderá que una denuncia del Fiscal ó una excomunión de un Obispo pueden dar al traste con el crédito de una empresa levantada durante cincuenta años. Mientras no mejoren los tiempos, hay que tener prudencia ».

tir de dos famosos discursos académicos del penalista Enrico Ferri (1880) y del civilista Enrico Cimballi (1881) se ha iniciado en Italia un período fertilísimo « fatto insieme di sicurezza di sé, di insofferenza verso l'immediato passato e il presente, di tensione a disegnare un futuro veramente futuro »; época casi mágica para la ciencia jurídica, que ahora se dota de « un nuovo breviario metodologico: si aveva precisa coscienza che il diritto era ben oltre il testo spesso mortificante e risecchito della legge, che il suo volto autentico andava cercato e trovato al di là dell'universo giuridico formale, in quella natura delle cose che le scienze novissime avevano finalmente cominciato a separare e a distinguere con successo dalle metafisicherie e dagli artifici del passato ». A la eficaz descripción de Paolo Grossi ⁽²⁰¹⁾ sólo cabe añadir desde la óptica española que los fermentos metodológicos situados tras el movimiento 'neotérico' (evolucionismo, biologismo, organicismo, positivismo, en una palabra: la cultura variopinta de las modernas *ciencias sociales*) se encontraban dispersos, aunque muy presentes, en las bibliotecas y las aulas de España a la espera de una formulación coherente por parte de la publicística jurídica ⁽²⁰²⁾. Desde la misma óptica añádase aún que la década de 1880 y la siguiente conocieron las dudas, las inseguridades, las frustraciones conexas a la elaboración y entrada en vigor del Código civil, palpitantes en la decisiva reordenación de la enseñanza del Derecho más arriba recordada (1883-1884), en los congresos jurídicos nacionales (1881, 1886, 1888), en la marcha pública, en fin, de la envolvente 'cuestión social' (Comisión de Reformas Sociales, 1883, creada « con objeto de estudiar todas las cuestiones que directamente interesan a la mejora o bienestar de las clases obreras », real decreto de 5 de diciembre). Y una respuesta a tales dudas, así como más de una afortunada formulación de las tesis *positivas*, encontraron los españoles en la incesante producción de sus colegas italianos.

Es cuanto me sugiere una rápida consulta del catálogo de tra-

⁽²⁰¹⁾ Cf. Paolo GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 14.

⁽²⁰²⁾ Juan José GIL CREMADES, *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Espulgues de Llobregat (Barcelona), Ariel, 1969, pp. 183 ss. de 'Organicismo y positivismo (1877-1917)'.

ducciones coetáneas ⁽²⁰³⁾, lectura que conviene efectuar aunque sólo sea por la vinculación tan obvia entre las revistas, que publican la obra traducida como serie de artículos, y las monografías exentas, más exactamente tiradas aparte que tienen en los suscriptores de la prensa periódica su mercado natural. Entre los años 1880 y 1920 he podido localizar medio centenar largo de italianos, principalmente cultivadores de los derechos penal y civil; a considerable distancia figuran el derecho internacional, con cuatro autores, y el derecho constitucional, con otros cuatro. Más precisamente, desde 1882, cuando se registra la primera traducción de Enrico Ferri, la presencia española de la *Scuola Positiva* parece incontestada: el mencionado Ferri publica en ese año y en 1887, 1889, 1890, 1893, 1895 y 1897; Raffaele Garofalo en 1893 y 1896; Cesare Lombroso ve traducidas varias obras entre 1893 y 1894 (posteriormente aparecen siete más); Scipio Sighele sale en 1894 y 1895; Aristo Mortara en 1895 y 1896 ... Una notabilísima personalidad del momento, la novelista Emilia Pardo Bazán, podía con razón escribir que « el nombre de César Lombroso va siendo bastante conocido en España. Se le lee algo, se le cita más, se le empieza a traducir, y aunque no se tradujese, las versiones francesas de sus obras, le habrían puesto ya al alcance de todos » ⁽²⁰⁴⁾. Debo sólo apostillar que algunos títulos extranjeros, omnipresentes en la cultura sociológica y jurídica del fin de siglo, se difundieron en España gracias al italiano: no conozco mejor ejemplo que el famoso Albert E. Schäffle, cuyo admiradísimo tratado *Bau und Leben des sozialen Körpers* (1875-1878) se conoció por aquí en la versión (1881) de Ludovico Eusebio ⁽²⁰⁵⁾. El italiano jurídico llegó a ser lengua de los clásicos modernos — una lengua tan accesible a los

⁽²⁰³⁾ Phanor J. EDER, *Law Books in Spanish Translation*, cit. (n. 87).

⁽²⁰⁴⁾ Emilia PARDO BAZÁN, *La nueva cuestión palpitante*, en « Los Lunes del Imparcial » (Madrid), 28 de mayo de 1894. Cf. en general, Luís MARISTANY, *El gabinete del doctor Lombroso. Delincuencia y fin de siglo en España*, Barcelona, Anagrama, 1973, pp. 30-31, de donde tomo por comodidad el pasaje.

⁽²⁰⁵⁾ Cf. Francisco GINER, *La teoría de la persona social en los juristas y sociólogos de nuestro tiempo*, RGLJ 76, 1890, pp. 5-31 y 144-164; 77 (1890), 532-549, cf. p. 533 y n. 1; también, del mismo, *Un nuevo libro de Schäffle*, *ibid.* 84, 1894, pp. 5-29, p. 6, n. 1: « en nuestro país, este libro es más especialmente conocido por la traducción

españoles cultivados que cercena, y fácilmente como vemos, el terreno de siempre reconocido al francés.

A la punta de lanza ofrecida por el derecho penal y la criminología se añade inmediatamente una consistente literatura procesal (Pietro Ellero, 1896; Carlo Lessona, 1898; Francesco Ricci, 1894) e internacionalística (así Pasquale Fiore, traducido en 1888, 1889-1901, 1896), más una cumplida biblioteca de los que Grossi ha bautizado como privatistas y filósofos ‘neotéricos’ (y demás compañía): los Giuseppe Carle (1889, 1891), Giuseppe D’Aguanno (1893, 1894), Ferdinando Puglia (1894), Davide Supino (1895), Cesare Vivante (1884, 1895, 1896), Valerio Campogrande (1896), Agostino Ramella (1897), Gian Pietro Chironi (1898), Luigi Miraglia (1900). Muchos nombres y títulos que ahora se difunden en el mercado español. Ha favorecido la producción de traducciones el despegue de una potente industria editorial en el cambio de siglo ⁽²⁰⁶⁾, con figuras tan relevantes — dejemos ahora el nombre decisivo de Reus — como el filántropo y editor madrileño, antes citado, José Lázaro Galdiano, o el librero asturiano Victoriano Suárez, siempre dispuesto a secundar las aventuras de la dinámica Universidad de Oviedo ⁽²⁰⁷⁾. Más determinante todavía considero la presencia del catedrático en la publicística jurídica, según hemos recordado; es evidente que no se trata de reprochar a nuestros mayores una discreción culpable que ocultaría incultura o apatía, sino de apreciar, por el contrario, la vitalidad que mantenía en la España pre-positivista el viejo ‘modelo corporativo’ o ‘elocuente’, en los años 1880 finalmente declinante. Superado que fue, al menos en el ámbito universitario del que se aprovecha la *Revista General de Legislación*

italiana [...] dos grandes tomos de la Biblioteca Economista ». En relación a la traducción en cuestión, Paolo GROSSI, ‘*La Scienza del diritto privato*’, cit., p. 18 y n. 2.

⁽²⁰⁶⁾ C. SERRANO, S. SALAUN (eds.), *1900 en Espagne*, Bourdeaux, Presses Universitaires, 1988.

⁽²⁰⁷⁾ Para Lázaro, su revista y casa de ediciones, cf. LUÍS SÁNCHEZ GRANJEL, *Biografía de La España Moderna*, en « Cuadernos Hispanoamericanos », 233, 1969, pp. 275-288; Raquel ASÚN, *El europeísmo de La España Moderna*, en J.L. GARCÍA DELGADO (ed.), *La España de la Restauración. Política, economía, legislación y cultura*, Madrid, Siglo XXI, 1985, 469-487; sobre Suárez, cf. Adolfo POSADA, *Fragmentos de mis memorias*, Oviedo, Universidad, [1983], pp. 275 ss. que son además testimonio de un empedernido traductor.

y *Jurisprudencia*, surgen otras publicaciones animadas por jóvenes profesores. Por vinculación a los autores nuevos de la *Revista General* y por el compromiso que acredita su denominación o cabecera, conviene consignar aquí unos pocos datos sobre dos revistas jurídicas de enorme interés.

Dos intentos fugaces, muertos apenas nacidos en los años 1890. Tenemos, en primer lugar, *La Nueva Ciencia Jurídica. Antropología. Sociología* (1892). El periódico fue un proyecto fracasado — se publicaron dos tomos, en el mismo año — del editor (« director-propietario ») José Lázaro Galdiano (1862-1947), figura central de la cultura española del fin de siglo. Un artículo de Manuel Torres Campos viene a introducir la revista, que carece de la obligada presentación: apenas unas páginas sobre la escuela positiva que nos indican el giro de interlocutores y la orientación que tomaría el naciente periódico⁽²⁰⁸⁾. En efecto, dirigido por el iuspublicista y sociólogo Adolfo González Posada (Oviedo) y por el mencionado penalista Pedro Dorado Montero (Salamanca) esta revista — ruina del entusiasta Lázaro — contó con la plana mayor de los italianos ‘neotéricos’ (D’Aguanno, Carnevale, Ferri, Lombroso ...) junto a sus interlocutores y traductores españoles (Félix Pío Aramburu, Isidro Pérez Oliva, el mismo Pedro Dorado, Manuel Torres Campos, Jerónimo Vida), todos los nombres — lo sabemos — entrados con los empeños de Reus en la *Revista General*, y todos comprometidos, además, en una *ciencia* internacional del derecho que, con su apertura al positivismo socio-filosófico a la italiana, pero también por la mera enunciación de un programa *científico* en España, desde luego resultaba cosa *nueva*. Las diferencias tan apreciables con las revistas coetáneas se acentúan por la ausencia de secciones de crónica, consultas y legislación, sin mencionar la puramente ocasional atención prestada a la jurisprudencia: parece que lo ‘nuevo’ y ‘científico’ de la publicación sería su carácter profesoral, cuya filosofía positiva quisiera, sin embargo, dotado de sentido práctico.

Es el programa y son los mismos nombres de un segundo, también fracasado ensayo: la *Revista de Derecho y Sociología* (1895),

(208) M. TORRES CAMPOS, *Una nueva escuela penal*, en « La Nueva Ciencia... », 1, 1892, pp. 24-38.

asimismo impulsada por Posada ⁽²⁰⁹⁾, su director en los cortos seis meses que duró la aventura; pero Dorado Montero compartió las responsabilidades desde la sección de « revista de revistas » y sus contactos con colegas extranjeros (los inevitables italianos Giuseppe D'Aguanno o Francesco Saverio Nitti, pero también el gran Emile Durkheim), que también Dorado traducía. En este insólito intento de lanzar un periódico especializado por orientación y contenido, cuando la prensa jurídica española se repartía aún entre los intereses corporativos y la condición generalista, no se trataba de contar con nombres extranjeros para adorno o exhibición de ciencia (« nos hacen falta un par de ingleses y dos o tres alemanes, procurando que sean un sociólogo y un jurisconsulto »), un extremo que, gracias a Dorado podría darse por cumplido; lo más arduo resultaba entonces contar con autores patrios que supieran estar a la altura (« la gran dificultad es la colaboración española, porque son pocos los que saben y quieren escribir »). Seguramente esa dificultad de partida llevó a Posada a multiplicar las protestas de imparcialidad e independencia en la hoja de presentación: la nueva revista sería « absolutamente neutral ante las escuelas y los partidos », pues aspiraba a cubrir el « movimiento jurídico y social de España y el extranjero » mediante este « órgano de comunicación con el mundo culto », de « carácter ante todo científico », si bien la búsqueda de espacio en España obligaba a dar cuenta de « la actualidad palpitante [...] la actualidad legislativa, política, parlamentaria, el debate judicial, el funcionamiento de las instituciones, los acontecimientos de interés relativos a las cuestiones sociales [...] todo habrá de contar su lugar propio en las páginas de la *Revista* ». Esta se inicia con un artículo de Gumersindo de Azcárate sobre Kidd y Spencer, y están presentes D'Aguanno, *Clarín* (Leopoldo García-Alas), Joaquín Costa, por supuesto Dorado Montero, Francisco Giner, Ludwig Gumplowicz, Aniceto Sela y muchos otros: un consorcio efectivo nacional y extranjero « de la más alta reputación científica ». Se dialoga además con títulos próximos, como *La Riforma*

⁽²⁰⁹⁾ Cf. Gerardo SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, *Dorado Montero y la 'Revista de Derecho y Sociología'*, Salamanca 1985, que reconstruye los preparativos, marcha y muerte de este título gracias a las cartas de Posada a Dorado Montero.

sociale, el *Political Science Quaterly* o el *Journal des Economistes*; se advierte sobre un reciente e « interesante periódico, que es único en su género » y no era otro que *La Scienza del diritto privato*. A pesar de la impresionante nómina de autoridades y del compromiso científico, la *Revista de Derecho y Sociología* no consiguió ni una sola suscripción en las universidades españolas.

Ahora bien, el talante de los juristas-profesores y sus experimentos con las revistas, continuamente asistidos por colegas italianos como vemos, ha sido la vertiente o la componente jurídica de un movimiento intelectual más amplio. Pues, en efecto, en la España de fin de siglo que recibe el positivismo italiano se declara una verdadera « fiebre de traducciones » según la dura expresión usada por Miguel de Unamuno (1912), quien tiene ya puesta su crítica mirada en la alternativa idealista que representa Benedetto Croce. « Ultimamente se han traducido a nuestra lengua no pocas obras italianas, mas hay que confesar que no siempre, ni mucho menos, fueron bien acogidas. Cayeron sobre nosotros en ese período del furor traduccionista, en lamentables bibliotecas de avulgaramiento, sociólogos de última fila, como Ferri y como Sergi, verbigracia; toda laya de positivistas, sobre todo criminólogos, que no podían darnos idea del más serio movimiento filosófico italiano, de la honda y seria filosofía italiana, continuadora de los grandes pensadores clásicos de Italia ». « Pero eso parece que está pasando », apostillaba el poeta vasco, aunque sus resonantes palabras, compuestas paradójicamente en prólogo a una nueva traducción⁽²¹⁰⁾, en el terreno jurídico encontraron un rápido desmentido: « en más de una ocasión lo hemos manifestado, y hoy volvemos á repetirlo, que en Italia el movimiento jurídico alcanza una importancia grandísima y que de continuo se publican obras en las que es preciso estudiar y aprender mucho. En este número de la *Revista [General de Legislación y Jurisprudencia]* tenemos que hacer una reseña bastante larga de obras recibidas, todas ellas de Italia, y seguiremos en un todo nuestro método de indicar las cuestiones que cada una

(210) Miguel de UNAMUNO, *Prólogo* a Richard DAGOT, *Los italianos de hoy*, 1913; consultado en UNAMUNO, *Obras Completas*, VII: *Prólogos, conferencias, discursos*, ed. Manuel García Blanco, Madrid, Afrodisio Aguado, 1958, 265-274, p. 266.

comprende y desarrolla » (y, ciertamente, en las páginas bibliográficas del tomo correspondiente a 1890, donde se deslizan estos comentarios, quince de las dieciséis obras extranjeras comentadas pertenecen a la literatura jurídica italiana) ⁽²¹¹⁾.

Así comprenderemos mejor la ‘fiebre de traducciones’ y la marea de reseñas y anuncios bibliográficos — que no estuvieron limitados, por cierto, a la prensa profesional; por ejemplo, los índices (válidos para el período 1889-1910) de la revista de cultura *La España Moderna* documentan comentarios o noticias de 73 obras italianas por 19 francesas, cuatro inglesas, tres alemanas y dos portuguesas, con dos viejos conocidos, Adolfo Posada y Pedro Dorado, como principales responsables; si cruzamos esos datos relativos al Derecho con las entradas de « literatura italiana » (diez registros), « literatura francesa » (20 registros) e « historia por países », donde hay sólo cuatro artículos dedicados a Italia frente a los 23 de Francia, los diez del Japón, los ocho de Alemania, los cinco de Polonia etc. concluiremos sobre el carácter marcadamente jurídico de la atención española hacia las cosas de Italia, confirmándose entonces el contraste entre las censuras antipositivistas de un Unamuno y los entusiasmos proitalianos de los juristas (en *La España Moderna*, por otra parte, se publicaron [1893] trabajos de Lombroso y de Ferrí) ⁽²¹²⁾. Los empresarios encontraban alivio económico, lo hemos visto, en las obras extranjeras traducidas, más numerosas y más de moda, sin duda fruto también de más robustas tradiciones.

Aparte entusiasmos científicos, alguna de aquellas reseñas nos ofrece nuevas pistas para comprender las razones de esta intensísima difusión. Pues la amargada España del fin de siglo, esa vieja gran nación que nadie se toma en serio, que pierde los últimos restos de su imperio colonial en lucha desigual con los Estados Unidos (1898) y da mucho que pensar (italianos incluidos) sobre el destino trágico de la raza latina ⁽²¹³⁾, esa misma y pobre España observa con interés el despegue de una admirable doctrina nacida

⁽²¹¹⁾ Cf. RGLJ, 77, 1890, p. 578.

⁽²¹²⁾ Cf. Ramón GÓMEZ VILLAFRANCA, *Índice de materias y de autores...* (1889-1910), Madrid, La España Moderna, ca. 1910.

⁽²¹³⁾ Para información de lectores no hispanos, me remito a Ivan MUSICANT, *Empire by Default. The Spanish-American War and the Dawn of the American Century*, New

precisamente en Italia, un joven Estado que demostraría a las claras la estrecha relación existente entre el desarrollo de un ilusionante proyecto nacional y el desarrollo de un moderno proyecto científico. « Italia, la nación de ayer, es la maestra de la nueva ciencia; ¡cuándo despertará España, y aunque sea detrás de todos, emprenderá el camino de la investigación antropológica! », podía leer el público de la *Revista General* en 1886, al darse noticia del primer congreso de antropología criminal; y más generalmente todavía nuestro título llamaba la atención sobre el « grandioso renacimiento científico operado en Italia a impulsos de sus nobles y levantados esfuerzos para la reconstrucción de su nacionalidad » (214). Explosiones de admiración (recojo alguna muestra entre las muchas posibles) que explican parcialmente y en cualquier caso acompañan la receptividad española hacia teorías provenientes de Italia. Los mencionados Vida (Salamanca y Granada) y Ureña (Madrid), su colega Manuel Torres Campos (Granada) y sobre todo Adolfo Posada (Oviedo-Madrid) y Pedro Dorado Montero (Salamanca), a los que de inmediato se suman, en el cambio de siglo, Calixto Valverde (Valladolid) y Federico Castejón (Sevilla), son los autores que en las décadas sucesivas difunden (y no siempre aplauden) las doctrinas positivas, con creciente atención por el derecho privado (215).

York, H. Holt, 1998. Añado simplemente que la pérdida del imperio español estuvo tan cargada de *Zeitgeist* que no pasó desapercibida a los contemporáneos: se encontraba en juego la decadencia de la gloriosa ‘raza latina’ (esto es: lenguas romances, literatura, emoción, catolicismo) ante la pujanza de aquella otra ‘raza germánica’ (esto es: anglosajona, industrial, racional, protestante) que había despedazado el solar de Francia en Sédan y ahora quitaba a España en Cavite (Filipinas) y Santiago (Cuba) los restos de un pasado grandioso; la crónica del sentimiento fue obra de un italiano: Giuseppe SERGI, *La decadenza delle nazioni latine*, Torino, Fratelli Bocca, 1900, inmediatamente disponible entre los directos afectados (trad. española, 1901).

(214) LUÍS MOROTE, *El primer congreso internacional de antropología criminal*, en RGLJ, 68, 1886, pp. 278-300, p. 300, en rigor una versión castellana del discurso pronunciado por Ferri ante el pleno del congreso; Rafael DE UREÑA, reseña a Domenico DE PILLA, *Reati contro la sicurezza interna dello Stato* (1888), *ibid.* 74, 1889, 98-102, p. 98.

(215) Pudiera ponerse un punto final con el folleto de Quintiliano SALDAÑA, *La última fase del positivismo en Italia*, Madrid, Reus, 1935, sobre la generación de los Cesarini Sforza, Gemelli, Del Vecchio. Para estas cuestiones, cf. Carlos PETTIT, ‘*Qualcosa*

A esas alturas, el ‘modelo forense’ parecía una cosa del pasado. Conservó sus canales y modos ⁽²¹⁶⁾, cultivó el respeto por sus mayores figuras ⁽²¹⁷⁾, mantuvo intacta, incluso, el ‘alma de la toga’ ⁽²¹⁸⁾. Sin embargo, la presencia pública del orador como quintaesencia del jurista perfecto ya había pasado a mejor vida: con seguridad, contribuyó a su enterramiento el nexo ciencia jurídica — doctrina extranjera — actividad profesional universitaria que apuntó con timidez en *La Escuela del Derecho*, retomó con decisión la *Revista de los Tribunales* y realizó plenamente, tocando el siglo XX con la punta de los dedos, la todavía felizmente viva — en una de sus innumerables épocas — *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.

En recuerdo del amigo Mario Da Passano.

cbe somiglia all'ammirazione’. *Ecos de la civilística italiana en España*, en « Anuario de Derecho Civil », 57, 2004, pp. 1429-1478, de donde proceden referencias y comentarios ahora usados en estas páginas.

⁽²¹⁶⁾ Por ejemplo, en el mundo de la prensa, hay órganos importantes que reclaman investigación, como la « Revista de Tribunales. Bi-semanario de jurisprudencia, legislación y derecho, y defensor de la moralidad en la administración de justicia », publicada desde los años 1880 en Sevilla, con larga vida en el siglo siguiente. No he logrado consultar una colección más o menos completa.

⁽²¹⁷⁾ Cf. [Real Academia de Jurisprudencia y Legislación], *Juristas españoles. Biografías de los ex-Presidentes de la Academia y de los jurisconsultos anteriores al siglo XX inscritos en sus lápidas*, I-III, Madrid, Imprenta Hijos de M.G. Hernández, 1911. Anteriormente, Pedro POGGIO, *30 académicos por una peseta y cincuenta céntimos (semblanzas)*. Con un prólogo de Luis de Urquiola, Madrid, Tip. de Manuel Ginés Hernández, 1887.

⁽²¹⁸⁾ Angel OSSORIO Y GALLARDO, *El alma de la toga*, Madrid, Juan Pueyo, 1920 (con ediciones, españolas y americanas, hasta nuestros días).

RICARDO MARCELO FONSECA

OS JURISTAS E A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX (*)

1. A cultura jurídica como tema historiográfico-jurídico. — 2. Em busca da cultura jurídica brasileira. — 3. Do jurista escolástico ao jurista evolucionista. — 4. Do jurista eloquente ao jurista cientista. — 5. Relendo os Traços do 'bacharelismo' no Brasil.

1. *A cultura jurídica como tema historiográfico-jurídico.*

A empresa de buscar os traços de uma 'cultura jurídica brasileira' pode, para alguns, ser considerada de antemão como algo vazio de significado ou ao menos como um procedimento insólito. E poderiam existir várias razões para este posicionamento. De um lado poder-se-ia perguntar se de fato havia alguma *cultura* no Brasil (no sentido de um efetivo culto de saber sério, fundamentado, dentro do semi-deserto acadêmico em que o país se encontrava), o que nos remeteria a indagar, como conseqüência, se houve a elaboração de alguma forma de *cultura jurídica* nestas plagas no século XIX. Poder-se-ia perguntar se os nossos juristas não seriam demasiado toscos e teoricamente débeis a produzir algo que se pudesse denominar cultura. De outro lado, uma vez admitida a eventual existência de mestres produtores de alguns saberes dignos, de teorias que marcassem de modo efetivo a produção do conhecimento no século XIX, poder-se-ia perguntar se o conjunto deste saber po-

(*) Conferência apresentada no I Congresso Brasileiro de História do Direito, realizado em Florianópolis entre os dias 8 e 11 de setembro de 2005.

deria ser denominado como cultura jurídica *brasileira*, já que, como se sabe, o jovem estado brasileiro importou praticamente todo seu arsenal jurídico da Europa. Diante disso, como buscar uma cultura jurídica brasileira? Havia, afinal, alguma *cultura jurídica*, e se havia, pode-se dizer que havia uma cultura jurídica *brasileira*? E, se positiva a resposta, a partir de quando?

Antes de responder a estas perguntas, parece importante deixar desde logo estabelecidas duas premissas de ordem metodológica. A primeira diz respeito ao modo como aqui se emprega o termo *cultura*: ele é aqui tomado, na trilha de Geertz, não como algo que está à busca de leis e caracteres imutáveis, mas é algo que, na atividade interpretativa, deve ter buscado seu significado. A cultura está sempre imersa em um contexto que pode ser descrito de uma forma inteligível ⁽¹⁾. A partir daí é importante indicar que a reconstrução da idéia de uma cultura do direito não significa, portanto, a busca da ‘melhor cultura jurídica’, no sentido de um uso competente das reflexões dos juristas mais autorizados na Europa ou nos Estados Unidos (seja lá como isso puder ser avaliado), mas sim o conjunto de significados (*standards* doutrinários, padrões de interpretação, marcos de autoridade doutrinária nacionais e estrangeiras, influências e usos particulares de concepções jusfilosóficas) que efetivamente circulavam na produção do direito e eram aceitos nesta época no Brasil.

Assim, a ‘cultura jurídica brasileira’, aqui, não pode ser aferida consoante critérios de ‘melhor’ ou ‘pior’, de ‘mais’ ou ‘menos’ refinamento intelectual, mas sim como o conjunto de padrões e significados que circulavam e prevaleciam nas instituições jurídicas brasileiras do Império (faculdades, institutos profissionais de advogados e magistrados, o foro, e, em alguns casos, no parlamento), e que atribuíam uma tipicidade ao direito brasileiro. A cultura jurídica brasileira é um fato histórico antropológico que se dá a partir dos elementos (humanos, doutrinários, sociais, econômicos, etc.) presentes na sociedade brasileira desta época e dentro de aparatos institucionais localizáveis dentro das vicissitudes históricas brasileiras.

(1) Cl. GEERTZ, *A interpretação das culturas*, Rio de Janeiro, LTC, 1989, pp. 1 e 24.

Emprestando a terminologia de Michel Foucault, ela constitui uma configuração discursiva (cheia de mecanismos de controle, de seleção, de organização, como também de procedimentos de interdição e de estabelecimentos de privilégios) que só pode ser compreendida dentro de um tempo-espaço determinado, e nunca a partir de uma referência meta-histórica, dotada de uma universalidade que invoca uma ‘soberania do significante’ sobre as experiências concretas (2). De todo modo, tal ‘configuração discursiva’, bem como seu funcionamento, somente pode ser avaliada a partir de uma análise interna que compreenda seu significado e seus efeitos na sociedade, ou seja, a partir de uma análise eminentemente histórica. Assim, a definição de uma ‘cultura jurídica brasileira’ é o contrário de uma busca das pedras fundamentais originárias de nossas reflexões e menos ainda o estabelecimento do rol celebrativo de alguns dos juristas a quem se atribui o caráter de ‘canônicos’ na formação do assim chamado pensamento jurídico nacional. Ao contrário, a indagação sobre a cultura jurídica brasileira tem que seguir, genealógicamente, a recusa de um mito originário de nosso ser e de nosso pensar jurídicos, mas sempre submeter esse ser e esse pensar a um crivo temporal que dilua qualquer pretensão de mitologização. A busca de uma cultura jurídica nacional é, assim, avessa a qualquer pretensão de construir uma essencialidade que resista ao desgaste dos tempos. Como consequência, este procedimento, bem ao inverso da hagiografia que é feita para identificar alguns juristas que hoje só são lembrados para servirem como ponto de autoridade discursiva, procura submeter a ‘canonização’ de alguns nomes ao crivo da análise histórica da cultura jurídica brasileira, desvelando as razões de poder presentes na eleição de suas posições e nas relações de legitimação. A cultura jurídica é aquilo que circula, funciona e produz efeitos dentro de um determinado contexto histórico social.

A segunda premissa de ordem metodológica que se impõe é questionar a própria noção de *cultura jurídica*. Parece que a negação da sua existência, em parte dos casos, está ligada a uma visão

(2) Vide sobretudo M. FOUCAULT, *A ordem do discurso*, Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio, São Paulo, Loyola, 1996, mas também M. FOUCAULT, *Arqueologia do saber*, 6ª ed. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000.

do fenômeno jurídico como algo que não seja dotado de uma ‘espessura’, como algo que não seja efetivamente imanente à sociedade, como um conjunto de sutilezas⁽³⁾ ou de meros mecanismos de coerção colocados em ação pelo poder político. Essa visão — muito comum em boa parte dos não-juristas e derivada, em grande medida, de uma leitura ortodoxa do marxismo — não teria condições de ver no ‘campo’ jurídico⁽⁴⁾ a possibilidade dos mecanismos a ele inerentes constituírem uma espessura cultural que fosse orgânica à estrutura social e histórica.

Por outro lado, entre os juristas, a noção de cultura jurídica poderia encontrar uma barreira entre aqueles dotados de uma visão mais estreitamente normativista, que, logicamente, teriam dificuldades em perceber no fenômeno jurídico um conteúdo cultural (e, menos ainda, um conteúdo cultural ligado às raízes históricas da sociedade), já que o conteúdo mais diretamente de *comando* do direito (ligados à sua instância de poder produtora, o Estado) sobressairia e obscureceria suas raízes sociais. Neste tipo de leitura as *normas* teriam um estatuto ontológico muito diverso de *fatos*, de *valores* e da *cultura*.

Diante disso, desvinculando a essencialidade do direito do aparato político (o Estado) que dele faz uso, é possível perceber, nas palavras de Paolo Grossi, que o « direito não é escrito numa paisagem física que aguarda ainda o inserir-se humano, mas é escrito na história, na grande ou na pequena, que, dos primórdios até hoje, os homens constantemente teceram com sua inteligência e seus sentimentos, com seus idealismos e seus interesses, com seus amores e seus ódios »⁽⁵⁾. De outro lado, para afastar-se daquela idéia do direito como mera técnica vazia ou mero instrumento de repressão social, compreendemos, seguindo ainda o mestre florentino, que « o ‘jurídico’ não é somente um mecanismo de organização da realidade, mas é pensado e construído em um nível menos empobre-

(3) E. THOMPSON, *Senhores e caçadores*, Rio de Janeiro, Paz e terra, 1987, pp. 365 e ss. e A.M. HESPANHA, *História das instituições: medieval e moderna*, Coimbra, Almedina, 1982, pp. 11-13.

(4) Toma-se aqui a noção de ‘campo jurídico’ de Pierre Bordieu, em seu *O poder simbólico*, Trad. Fernando Tomaz. Lisboa, Deifel, 1989, pp. 209 ss.

(5) P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

cedor; é aliás expressivo não da quotidianidade, mas de raízes profundas, sendo ligado aos valores essenciais de uma sociedade; é, enfim, essa mesma civilização pulsante de uma comunidade histórica » (6). Essa qualidade histórica do fenômeno jurídico, que a liga de modo direto com os valores da sociedade e com as raízes históricas que nela pulsam, é que possibilitam tematizar uma cultura jurídica, essencialmente histórica e correlacionada às vicissitudes do tempo e do lugar onde ela se manifesta, e que para o historiador do direito desempenha um papel importante na compreensão do seu objeto.

2. *Em busca da cultura jurídica brasileira.*

Persistem, porém, algumas indagações. Afinal, ainda que sejam superadas as dúvidas sobre a aplicação da noção de *cultura* e sobre a possibilidade de aplicação no âmbito historiográfico da noção de *cultura jurídica*, remanesce a questão central: é possível estabelecer os traços de uma *cultura jurídica brasileira*?

Trata-se de uma questão que traz premissas importantes, já que resta sempre problemática a definição dos contornos de uma 'cultura jurídica brasileira'. Diante da adesão do Brasil a um modelo jurídico e institucional típico da Europa continental (com o uso extremado de autores e difusas influências européias e também norte-americanas (7), como se verá a seguir), não seria despropositado indagar sobre a efetiva existência de uma cultura jurídica genuinamente nacional. Afinal, a busca obsessiva de modernização significou, no âmbito jurídico, mas não só neste, a cópia de modelos dos países 'centrais', de modo que pouca ou nenhuma teoria 'brasileira'

(6) P. GROSSI, *Pensiero giuridico: appunti per una voce enciclopedica*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XVII, 1988, pp. 236-243.

(7) Sobre a ausência de influência das culturas indígena e negra na formação do direito brasileiro, vide A.C. WOLKMER, *Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro*, in L.S. Rocha (org), *Teoria do direito e do Estado*, Porto Alegre, Sergio Fabris, 1994, pp. 9-16, como também em A.C. WOLKMER, *História do direito no Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, pp. 35 ss.

(que fosse independente dos modelos europeus ou *yankee*) foi produzida no século XIX. Por isso, de fato cabe a pergunta: o que haveria de *brasileiro* na cultura jurídica que aqui então se produziu?

De um lado, é bastante evidente (como acima já se acenou) que os modelos imediatamente adotados pelo Brasil após sua independência e sua instituição como Estado soberano eram inteiramente derivados de uma inspiração estrangeira, principalmente, como não poderia deixar de ser, a partir do filtro da cultura jurídica portuguesa. Aliás, pode-se dizer que o direito brasileiro, até o momento da independência política (em 1822) confundia-se com o direito português, já que a colônia utilizava todo o arsenal jurídico da metrópole. E, logo após o processo de independência política, o Brasil independente não teve outra escolha senão organizar-se a partir de todo o aparato legislativo da antiga metrópole, de modo que, em 20 de outubro de 1823, promulga-se uma lei que determina que continuem em vigor as Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, ‘enquanto se não organizar um novo código ou não forem especialmente alteradas’ — o que indicaria que ficou estabelecida uma relação de continuidade com a cultura jurídica portuguesa. E isso tudo para não lembrar do fato de que a quase totalidade dos quadros burocráticos da esfera jurídica brasileira de então era formada em Coimbra.

De outro lado, porém, é inegável que depois da ruptura dos laços com Portugal, o Brasil coloca-se de modo explícito o desafio de elaboração de uma identidade nacional separada da herança portuguesa. Embora seja evidente que aqui não ocorre no século XIX a construção da ‘nacionalidade’ nos moldes europeus ⁽⁸⁾, é por

⁽⁸⁾ Com relação à experiência européia, vide E.J. HOBBSAWM, *Nações e nacionalismo desde 1870*, Trad. Maria Célia Paoli e Anna Maria Quirino. 2ª ed. São Paulo, Paz e Terra, 1998, bem como L. MANNORI, *La crisi dell'ordine plurale. Nazione e costituzione in Italia tra sette e ottocento*, in, AA.VV., *Ordo iuris: storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 139-180. Quanto os esforços brasileiros na construção dos mitos de nossa nacionalidade, vide J.M. CARVALHO, *Nação imaginária: memória, mitos e heróis*, in, A. Novais, *A crise do Estado nação*, Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 2003, pp. 409-415.

outro lado evidente o esforço de construir os símbolos, os heróis e traços de uma ‘identidade’ brasileira.

Sobretudo nesse momento seminal do estado brasileiro que é a primeira metade do século XIX, seguramente existem, por consequência, significativas dificuldades de definir uma ‘cultura jurídica brasileira’ em seus contornos e em sua caracterização. Trata-se de um momento em que ela está em formação e que não encontra aparatos institucionais e culturais privilegiados para circular, como no caso do Brasil da primeira metade do século XIX. Todavia, progressivamente é perceptível o fato de que a tradição jurídica européia recebida no Brasil vai sendo progressivamente trabalhada, burilada e adaptada às inúmeras particularidades e contradições vividas pelo jovem Estado, de modo a dar contornos não arbitrários e bastante típicos ao direito. E nem poderia ser diferente: o Brasil entra na época liberal como um país que busca estruturar-se jurídica e politicamente num contexto de tensão. De um lado, estão presentes as sombras do velho mundo do antigo regime, que, no caso brasileiro, implicam numa estrutura social colonial profundamente centralizada, oligárquica e montada para a exploração a partir do uso massivo do trabalho escravo. No âmbito jurídico, esta estrutura social particular é recepcionada com a vigência das velhas Ordenações Filipinas e da legislação portuguesa colonial (sobretudo no direito privado). Mas de outro lado, num convívio nada harmônico, percebe-se logo após a independência um conjunto de idéias novas, provenientes dos lugares em que ocorreram revoluções liberais, que tentam colocar o jovem Estado brasileiro entre as nações modernas (o que no âmbito jurídico se pode perceber por exemplo pelas legislações ‘modernizadoras’, como o código criminal de 1830, a ‘lei de terras’ de 1850 e a lei hipotecária de 1864) (9). Isso já mostra, afinal, como as tensões vivenciadas no Brasil do século XIX na formação de sua cultura jurídica possui elementos peculiares e obviamente diferentes daqueles experimentados pelos

(9) R.M. FONSECA, *A ‘Lei de Terras’ e o advento da propriedade moderna no Brasil*, in « Anuário Mexicano de Historia del Derecho », XVII, 2005, p. 97-112. Vide ainda o instigante trabalho de L. BECK VARELA, *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pp. 125 ss.

países europeus que vivenciaram ‘revoluções liberais’. Isso fez com que fossem criadas determinadas soluções e alternativas — organicamente ligadas ao contexto histórico específico em que vivíamos — bastante autóctones e, até certo ponto, mesmo originais.

Em suma, parece perceptível como nossos traços de cultura jurídica vão se formar justamente neste processo de tensão, num processo em que a leitura e a experiência do direito ocorrerão considerando as vicissitudes históricas do Brasil que está se constituindo, tendo como resultado características bastante próprias que, afinal, vão em grande parte definir a nossa identidade. Assim, é a partir de tais contradições, paradoxos, dilemas e influências heterodoxas que vai se constituir a *condição de compreensão da cultura jurídica brasileira*. Este contexto peculiar e de contornos de difícil definição devem ser levados em conta como *componentes essenciais* na tarefa de compreensão do nosso objeto e não devem servir, como querem alguns, para demonstração da inexistência de uma cultura jurídica no Brasil de então. Não compreender o objeto diante de sua complexidade não deve resultar na conclusão de que tal objeto não existe.

A própria criação de cursos superiores — e, mais especificamente, das faculdades de direito logo no início do império — parecem ser sinais eloqüentes da vontade das elites locais em formar quadros burocráticos e pensantes diversos do tronco português do qual derivávamos. E este constituiu um esforço novo e importante, já que a metrópole portuguesa — ao contrário do caso das colonizações espanholas ⁽¹⁰⁾ — nunca teve como projeto promover qualquer forma de cultura na sua colônia atlântica. Ao contrário, havia na época colonial uma deliberada política de centralização na formação acadêmica dos quadros burocráticos (o que via de regra ocorria na Universidade de Coimbra), coibindo a formação de qualquer instituição superior no Brasil. Era estrategicamente importante para Portugal que as colônias não tivessem centros de formação superior, de modo a que toda a burocracia colonial deveria ter

⁽¹⁰⁾ Segundo José Murilo de Carvalho, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, Rio de Janeiro, civilização brasileira, 2002, p. 23), no final do período colonial havia vinte e três Universidades instaladas na América espanhola e nenhuma no Brasil.

uma formação totalmente portuguesa⁽¹¹⁾. O estabelecimento de universidades no Brasil (e, como se vê, de modo particular a criação de faculdades de direito) era considerado uma ameaça ao domínio colonial. Por isso é que, logo após a independência, e na senda da construção nacional, tomam importância os debates para a criação dos cursos jurídicos no Brasil que, após controvérsias, são instituídos pela lei de 11 de agosto de 1827 e começam a funcionar logo no ano seguinte nas cidades de Olinda e São Paulo.

E para o bem e para o mal, serão estas faculdades de direito (as duas únicas em todo o país no período imperial) elementos catalisadores fundamentais daquilo que doravante vai se fazer e pensar em termos de direito no Império. A hipótese que aqui se coloca é que sobretudo a partir dos anos cinquenta do século XIX que podem ser evidenciadas características mais claras e específicas no sentido de ser possível definir contornos de uma genuína *cultura jurídica brasileira*.

Justifica-se este recorte temporal também pelo fato de que é só na segunda metade do século XIX que os lentes (como eram chamados os professores) das academias de direito serão majoritariamente brasileiros e com formação nas academias brasileiras, dentro de um contexto jurídico-político no qual o país já tinha trilhado caminhos próprios, diversos do da sua antiga metrópole, no que diz respeito à sua cultura jurídica. Neste período, de fato, as várias contradições próprias das vicissitudes brasileiras já tinham se encarnado nas discussões jurídicas nacionais, ensejando reflexões e soluções próprias do contexto brasileiro.

Num escrito sobre a cultura jurídica brasileira, Clóvis Bevilác-

(11) É simbólica, nesse sentido, diante de uma solicitação das câmaras municipais de Minas Gerais que propuseram criar um centro de formação de médicos às suas próprias custas, a resposta dada pelo Conselho Ultramarino português: « que um dos mais fortes vínculos que sustentavam a dependência de nossas colônias era a necessidade de vir estudar a Portugal; que este vínculo não se devia relaxar; ... [que] o precedente poderia talvez, com alguma conjuntura para o futuro, facilitar o estabelecimento de alguma aula de jurisprudência...até chegar o ponto de cortar o vínculo de dependência », in « Revista do Arquivo Público Mineiro », XV, 468, *apud* A.J. LACOMBE, *A cultura jurídica*, in S. BUARQUE DE HOLANDA (org). *História geral da civilização brasileira*, tomo II — *O Brasil monárquico* (vol. 5), Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2004⁸, p. 420.

qua, ele próprio um dos grandes nomes da Escola do Recife no fim do século XIX e início do século XX, além de autor de uma importante *História da faculdade de direito do Recife* (12), dirá que os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda, nesses primeiros anos, não passavam de « bisonhos arremedos de Coimbra », sendo a influência teórica portuguesa predominante (tanto no ensino quanto no foro) até a metade do século XIX (13). Com toda essa situação, como se pode concluir, não houve propriamente um ambiente intelectual adequado para a formação de uma cultura jurídica nacional sólida e que pudesse afirmar com vigor uma tipicidade que a distinguisse da herança portuguesa. A cultura jurídica brasileira, na primeira metade do século XIX, ainda não tinha tido condições de sair de sua situação de um casulo (14).

(12) Cf. BEVILACQUA, *História da faculdade de direito do Recife*, Brasília, INL-Conselho Federal de Cultura, 1977².

(13) *Apud* A. VENÂNCIO FILHO, *Das arcadas ao bacharelismo*, São Paulo, Perspectiva, 1982², p. 53.

(14) O período inicial do funcionamento das Faculdades de direito no Brasil (de Olinda e de São Paulo), que se estende desde sua criação em 1828 até a reforma de 1854, é costumeiramente apontado como uma fase difícil e precária. Nas palavras de Venâncio Filho, as « dificuldades para o funcionamento dos cursos eram, porém, de toda ordem, tanto quanto às instalações materiais como quanto ao pessoal » (VENÂNCIO FILHO, *Das arcadas ao bacharelismo*, cit., p. 37). Embora surgidas no calor do entusiasmo ligado ao contexto da independência política brasileira para criar uma *intelligentsia* brasileira apta a enfrentar os problemas da nação e moldar novas consciências, além de profissionalizar a política e impulsionar o nacionalismo, os relatos iniciais do funcionamento destas academias enfatizam sobretudo o desrespeito dos alunos e a falta de autoridade dos mestres, num contexto pouco afeito ao estudo e à reflexão (cf. S. ADORNO, *Os aprendizes do poder: bacharelismo liberal na política brasileira*, Rio de Janeiro, paz e terra, 1988, p. 78 e L.M. SCHWARCZ, *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil [1870-1930]*, São Paulo, Companhia das Letras, 1993, p. 141-142). Em Pernambuco, este momento ficou marcado pela provisoriade da faculdade de Olinda. Tudo parecia ali ser transitório: tanto os alunos e professores (marcadamente faltosos e ausentes) quanto as instalações precárias. A faculdade foi instalada no Convento de São Bento (até 1852, pois desse ano até 1854 a faculdade transferiu-se para o chamado “Casarão do Hospício”). De todo modo, trata-se de um período no qual os depoimentos testemunham uma carência da Faculdade olindense do ponto de vista material e intelectual (L.M. SCHWARCZ, *O espetáculo das raças*, cit., pp. 145-146). Em São Paulo a situação não era diferente: havia problemas sérios de instalação, de modo que — a exemplo do que ocorreu em Olinda — não houve outra alternativa se-

Todavia, em meados do século a situação começa a tomar outros rumos. A década de 1850, inicialmente marcada principalmente pela proibição do tráfico de escravos (lei de 4 de setembro de 1850), será aquela que, nas palavras de Venâncio Filho, no campo político, « após o período tempestuoso da regência, com a pacificação das províncias e o término da guerra dos farrapos no Rio Grande do Sul, chegava o Império a uma fase de estabilidade, com o gabinete de conciliação do Marquês do Paraná. Não será portanto por mera coincidência que o início da segunda metade do século XIX passa a ser apontado como a consolidação e o apogeu do Império, correspondendo também a uma fase de grandes transformações jurídicas »⁽¹⁵⁾. É esse novo contexto que aí se inicia (grosso modo) que, por representar também um novo contexto da cultura jurídica brasileira, será a seguir privilegiado.

3. *Do jurista escolástico ao jurista evolucionista.*

A tentativa de traçar um perfil da cultura jurídica brasileira da segunda metade do século XIX — tarefa de grossa envergadura — será aqui procedida, de modo indiciário, por meio de dois procedimentos de análise. O primeiro (objeto deste item) buscará identificar alguns dos traços intelectuais marcantes do jurista brasileiro deste período, com a intenção, sobretudo, de perceber neste período uma mudança nas suas matrizes teóricas e na sua visão do direito. Trata-se, obviamente, de um procedimento precário e introdutório, a ser complementado com pesquisas de maior envergadura, mas que podem, ao nosso ver, dar algumas chaves de leitura interessantes sobre o *modo de pensar* dos artífices da cultura jurí-

não utilizar um velho convento (Convento de São Francisco), construído em 1684. Consta inclusive que os frades, que foram obrigados a deixar progressivamente o prédio com a instalação da faculdade, tiveram uma relação nada amistosa com os estudantes. Isso sem mencionar os sérios problemas de arregimentação do pessoal docente que, tal como na academia nordestina (*Ivi*, p. 174), deixavam no ar uma certa impressão de provisoriamente. A tal ponto do diretor da casa, em 1831, aventar até mesmo a possibilidade de « fechar as aulas, com prejuízos irreparáveis à mocidade » em vista das reiteradas faltas de professores (cf. VENÂNCIO FILHO, *Das arcadas ao bacharelismo*, cit., p. 42).

(15) VENÂNCIO FILHO, *Das arcadas ao bacharelismo*, cit., p. 64.

dica imperial. O segundo procedimento (a ser tratado no item seguinte), embora em vários momentos se mostre um modo de análise que se entrecruza com a anterior, ou, ao menos, mostra-se a ela paralela, constitui uma outra forma de identificar os traços da cultura jurídica brasileira: trata-se de identificar o perfil do jurista no que diz respeito à sua postura diante dos saberes e da academia, na sua relação com a vida pública e com os saberes das chamadas ‘humanidades’, pois a partir daí, segundo se crê, pode-se aproximar do modo como o jurista se vê diante da tarefa da construção de uma cultura jurídica, do *modo de ser* do jurista enquanto intelectual. A atitude do jurista diante do conhecimento, da academia e de seu próprio papel na sociedade (seu modo de ser), em boa medida é que vai explicar como e por que este mesmo jurista produz esta ou aquela forma de conhecimento (seu modo de pensar), sendo frutífera, portanto, a sua análise paralela.

Pois bem. As normas que regulamentavam as faculdades de direito no império brasileiro e a formação dos bacharéis era elaborada pelo poder central. Se por um lado é verdade que no momento da definição curricular, como aduz Aloysio Ferraz Pereira, predominou o espírito prático dos legisladores que conservaram apenas o essencial na formação dos juristas, políticos e administradores, ⁽¹⁶⁾ não é menos verdadeiro que a Reforma do ensino ocorrida em 1854 (Decreto 1386) ⁽¹⁷⁾ não alterou muito este quadro. Agora, como também antes, estudavam-se no primeiro ano as cadeiras de direito natural, público, análise da Constituição do Império, além de direito das gentes e diplomacia. No segundo ano havia a continuação das matérias do ano anterior, bem como o estudo de

⁽¹⁶⁾ Aloysio Ferraz PEREIRA, *O uso brasileiro do direito romano no século XIX: papel de Teixeira de Freitas* in Sandro SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, s/d, pp. 84-85.

⁽¹⁷⁾ O referido Decreto, assinado pelo ministro do Império Luis Pedreira de Couto Ferraz, que trouxe novos estatutos às faculdades de direito no Brasil, carrega importantes alterações no ensino do direito. Insere a cadeira de Direito Romano e de Direito Administrativo como permanentes. Estabelece novas regras disciplinares para os estudantes e minudencia o modo como os professores deveriam proceder às avaliações. O espírito geral da reforma vinha no sentido de dar maior rigidez ao ensino, superando a fase anterior de impasses e precariedade.

direito público eclesiástico. Pelo poder central era definido também que os professores deveriam adotar um compêndio para ser usado pelos estudantes (ou escrever um), o qual também passava pelo crivo do parlamento.

Particularmente importante se mostra a presença da cadeira de direito natural nos dois cursos de direito brasileiros durante todo o império. Se é verdade que nas concepções jurídicas vigorantes neste período prevalecia de um modo geral um jusnaturalismo do tipo teológico, pré-liberal (e portanto pré-revolucionário), como tentará se demonstrar a seguir, o tom dado a esta disciplina de cunho ‘propedêutico’ parece ser digno de análise. E na academia de São Paulo, foram dois os grandes professores (que também escreveram compêndios a respeito): José Maria de Avelar Brotero e José Maria Correia de Sá e Benevides. O primeiro lecionou a cadeira de direito natural desde os inícios da faculdade até o ano de 1872 — por mais de quarenta anos, portanto. Sua obra, *Princípios de Direito Natural compilados por José Maria de Avelar Brotero, lente do primeiro anno do Curso Jurídico de S. Paulo*, de 1829⁽¹⁸⁾, muito embora tenha sido rechaçada como compêndio na Câmara dos deputados, serve muito bem como guia para indicar a visão sobre o direito natural que tinha o professor que regeu a cadeira por mais de 40 anos. Fica claro, em primeiro lugar, a indigesta mistura de autores ‘contemporâneos’ e racionalistas com autores antigos ligados a um jusnaturalismo teológico, com prevalência clara para esta última concepção. E isso o próprio autor faz questão de frisar: « Muitos authores querem que o direito Natural derive seo nome por causa da promulgação, isto é, por ser promulgado pela razão natural do homem. O compêndio porém, não quer que elle derive seu nome da promulgação, mas sim de seu author, isto é, Lei Dictada pela Natureza Naturante, pela Natureza do Universo, ou alma do universo, isto é, Deos »⁽¹⁹⁾. A citada ‘natureza naturante’, que detém os atributos da divindade cristã, e que está presente em todo o compêndio,

(18) J.M. de A. BROTERO, *Princípios de Direito Natural compilados por José Maria de Avelar Brotero, lente do primeiro anno do Curso Jurídico de S. Paulo*. Rio de Janeiro: Tipografia imperial e nacional, 1829.

(19) *Idem*, p. 77.

mostra-se como verdadeira fonte originária dos direitos para o citado autor.

Já Sá e Benevides — que lecionou na faculdade de direito de São Paulo de 1865 a 1890 — não diferiu muito da linha do antigo professor, embora tenha dado conteúdo menos eclético aos seus escritos. Em seu livro de 1867, *Philosophia elementar do direito público — interno, temporal e universal* (20), deixa claro logo de início que sua concepção do direito seguia as « theorias da eschola doutrinaria, modificadas pelo catholicismo e complementadas pelo progresso das idéias » (21). Igual posição — e até mesmo de modo mais explicitado — pode-se encontrar no seu livro de 1884, *Elementos de philosophia do direito privado* (22) logo no prefácio: « A sciencia catholica admite que a lei natural é demonstrável pela experiência e pela razão, mas sustenta que também a dita lei é revelada por Deus à humanidade, e que as bases do Direito são verdades reveladas por Deus, competindo à philosophia seu desenvolvimento. A Igreja de Nosso senhor Jesus Chisto, tendo a missão de ensinar a todos os povos a verdade, exerce inspeção sobre as doutrinas de direito, assim como sobre a philosophia para defender a sociedade contra os erros contrários aos dogmas christãos » (23). No final das contas, as características da lei natural — como derivação da lei eterna — são a de ser, « divina, universal, perpétua, absoluta, necessária, moral, racional, social, revelada, obrigatória, livre ou espontâneamente cumprida pelo homem e pela sociedade » (24).

No Recife, José Soriano de Souza, embora tenha se tornado professor na faculdade de direito somente em 1891 (até sua morte, em 1895), teve, conforme assinala Clóvis Beviláqua, seus compêndios adotados nos liceus do norte por bastante tempo antes do início da República (25). Machado Neto compara o papel que Soriano

(20) J.M.C. DE SÁ E BENEVIDES, *Philosophia elementar de direito público: interno, temporal e universal*. São Paulo: s/ed, 1887.

(21) *Ivi*, p. 4.

(22) J.M.C. DE SÁ E BENEVIDES, *Elementos de philosophia de direito privado*. São Paulo: s/ed, 1884.

(23) *Ivi*, p. 5.

(24) *Ivi*, p. 4.

(25) Clóvis BEVILÁQUA, *História da faculdade do direito do Recife*, p. 391.

desempenhou no norte àquele desenvolvido por Sá e Benevides em São Paulo ⁽²⁶⁾. E, de fato, o pano de fundo de suas teorizações não difere muito: seu livro *Elementos de philosophia do direito*, de 1880, que foi criticado por Tobias Barreto que o qualificou como « mugido filosófico » ⁽²⁷⁾, já na sua introdução anuncia: « Separa-se a ordem natural da sobrenatural, e d'hai o naturalismo philosophico; separa-se o estado da igreja, e d'ahi o paganismo político... Funestas separações, que dão em resultado o triumpho do materialismo sobre o espírito, o impacto da força sobre o direito, e o aniquilamento da sciencia jurídica! » ⁽²⁸⁾. Em outra obra de 1871 ⁽²⁹⁾, Soriano de Souza demonstra sua posição de controvérsia com relação à filosofia moderna ao afirmar que « Não, a filosofia não pode ter o mesmo poder que a religião; aquela vem do homem e é obra de seu espírito; esta vem de Deus, e é obra de sua sabedoria e de seu amor. Não diremos que a filosofia é escrava da religião... mas porque não apelida-la serva afetuosa e humilde, discípula dócil e obediente da religião? ». Este posicionamento para com a reflexão filosófica não poderia, no âmbito da visão sobre o direito natural, ser expressa pelo autor senão em termos paralelos: para ele a lei natural constitui « o dictame da razão e sabedoria de Deos manifestado ao homem pela luz de sua razão » ⁽³⁰⁾, sendo que as suas propriedades são ser divina, eterna, imutável, universal e conhecida de todos ⁽³¹⁾.

Como se vê, boa parte da reflexão jurídica deste período está marcada por uma penetração um tanto problemática do racionalismo iluminista europeu, que ingressa no meio cultural do direito num ecletismo de concepções teóricas de difícil conciliação. Em verdade este acaba se inserindo, nesta fase da cultura jurídica brasileira, embutido numa concepção escolástica de direito natural.

⁽²⁶⁾ A.L. MACHADO NETO, *História das idéias jurídicas no Brasil*. São Paulo: editorial grijalbo, 1969, p. 34.

⁽²⁷⁾ Ivi, p. 28.

⁽²⁸⁾ José Soriano DE SOUZA, *Elementos de philosophia do direito*. Recife: Typografia central, 1880, p. XI.

⁽²⁹⁾ José Soriano DE SOUZA, *Lições de philosophia elemental, racional e moral*. Recife: João Walfredo de Medeiros, livreiro-editor, 1871, p. V.

⁽³⁰⁾ Ivi, p. 447.

⁽³¹⁾ Ivi, p. 451.

Nota-se, assim, que a ‘modernidade’ brasileira, cuja constituição é tão almejada desde a independência, acaba sendo inserida ‘pela metade’, ou melhor dizendo, a partir de um filtro bastante forte das concepções pré-revolucionárias e pré-liberais que, na França oitocentista (para ficar com um exemplo), já tinham sido em grande parte colocadas sob os escombros juntamente com o antigo regime.

De outra parte, parece que nos anos que começam a partir de 1870 existe um novo influxo de idéias que assola o meio acadêmico brasileiro. Lilia Schwarcz assinala como a década de 70 do século XIX assinala um marco para a história das idéias no Brasil, já que representa o momento da entrada de todo um novo ideário positivista-evolucionista de base racional ⁽³²⁾. Venâncio Filho, retomando reflexão de Roque Spencer Maciel de Barros, chega a dizer que o ano de 1870 marca o início da assim chamada ‘ilustração brasileira’, que iria até o início da primeira guerra mundial ⁽³³⁾. Antonio Paim, ao analisar o movimento chamado ‘escola do Recife’, vai igualmente chamar a atenção para o « surto de idéias novas » na referida década ⁽³⁴⁾. E parece possível, de fato, notar uma alteração no modo como a cultura jurídica está se colocando no Brasil neste período.

Aliás, seguramente pode-se verificar a existência de uma abordagem ‘moderna’ do direito na obra de Teixeira de Freitas, considerado o maior jurisconsulto do império. De fato, percebe-se na sua *Introdução* à sua famosa *Consolidação das leis civis* ⁽³⁵⁾, de 1857, uma homenagem constante às idéias de Savigny, bem como uma preocupação conceitual verdadeiramente precoce e apurada: o seu uso da noção de relação jurídica (consagrada pela pandectística

⁽³²⁾ Lilia Moritz SCHWARZ, *O espetáculo das raças*, p. 14.

⁽³³⁾ A. VENÂNCIO FILHO, *Das arcadas ao bacharelismo*, p. 75.

⁽³⁴⁾ *Apud* Evaristo de MORAIS FILHO, *Medo à utopia: o pensamento social de Tobias Barreto e Silvio Romero*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p. 59.

⁽³⁵⁾ A. TEIXEIRA DE FREITAS, ‘Introdução’, in A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis Civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859. Tal ‘Consolidação’ foi um trabalho preparatório para um projeto de codificação que acabou não sendo terminado por Teixeira de Freitas. Mas o esforço de reunião e interpretação (a ‘Consolidação’ é precedida de uma longa e célebre ‘Introdução’) de toda a legislação civil vigente no império (que num contexto ainda não codificado, via-se num emaranhado de leis portuguesas, brasileiras, além das Ordenações Filipinas) acabou servindo de guia para toda a comunidade jurídica oitocentista, dentro e fora da academia.

alemã), e a sua inovadora divisão do código civil em ‘parte geral’ e ‘parte especial’ (que será mais tarde adotada pelo BGB alemão), para ficar com alguns exemplos, denotam uma preocupação conceitualista e abstrata tremendamente apurada, denotando um ‘cientifismo jurídico’ sem precedentes nos autores brasileiros.

Outro importante autor que vai além dos limites de uma razão natural de origem teológica é Francisco de Paula Batista, professor no Recife, o qual em seu *Compêndio de hermenêutica jurídica para uso das Faculdades de direito do império*, na 3ª edição de 1872, faz de modo explícito um elogio ao « método científico » (expressão pouco usada pela geração anterior), que para ele consistiria « sem duvida [o método] muito mais vasto, é o que presta ao logico nas premissas e dados para, sob a dupla relação das palavras e dos pensamentos e por meio de legítimas conseqüências, não só attingir o sentido normal, e sem defeitos, como adoptar, d’entre os sentidos possíveis, o que exprimir com maior segurança possível a vontade do legislador »⁽³⁶⁾. Por certo que o direito natural tem em Paula Batista importância, mas o modo como ele impõe este jusnaturalismo é significativamente diferente da geração anterior. Aquilo que ele entende por ‘direito natural’, de fato, parece identificar-se com uma ordem racional e universal, bem aos moldes de uma razão subjetiva moderna que tanto grassava neste mesmo período pela Europa. Como ele diz (em trecho no qual, aliás, ele demonstra familiaridade com a obra de Savigny), « alguns negão a existencia do direito natural, e dizem, que o direito positivo em suas lacunas se completa por si mesmo em virtude de sua força orgânica, derivada dos attributos de sua *universalidade e unidade* e desta opinião é Savigny no seu tratado de Dir. Rom. 1º § 46. Mas o que é o direito em sua *universalidade e unidade*, senão o mesmo *direito natural*? »⁽³⁷⁾. Este caráter mundano e racional desta sua ‘lei natural’ aparece também na sua definição do ‘direito civil’, que para ele seria « o complemento da lei natural, cujos princípios eternos e im-

(36) Francisco de PAULA BATISTA, *Compêndio de hermenêutica jurídica para uso das Faculdades de direito do Império*. 3ª ed. revista e consideravelmente aumentada. Recife: s/ed, 1872, p. 15.

(37) *Ivi*, p. 19.

mutáveis devem ser aplicados, no silêncio da lei positiva, aos factos sujeitos ao domínio do direito em sua universalidade, e, nos casos ambiguos e duvidosos devem determinar o sentido, que for mais conforme com a justiça universal e a equidade »⁽³⁸⁾.

Nos discursos destes juristas não só uma razão laica aparece como fundamento de um novo tipo de jusnaturalismo (e em alguns casos a superação do jusnaturalismo) como também surge a necessidade do elemento ‘científico’ na atividade do jurista. Em outros termos, o jurista deve proceder a sua análise com rigor teórico, nos padrões daquilo que o tempo definia, de maneira forte, como ciência. Este tópico também será retomado na seqüência, quando se falará sobre o novo perfil e a nova atitude do jurista, mas ele é aqui enfatizado na medida em que as novas elaborações que vão tomando forma nos anos 60 e se desenvolvem de maneira mais clara a partir dos anos 70 do século XIX denotam que as referências teóricas do jurista parecem ir se deslocando em direção à busca de um parâmetro científico racional, que vai se afastando, em forte tom polêmico, das teorias anteriores embebidas de uma interpretação teológica da lei natural.

Talvez, todavia, o jurista do império que mais demonstrava este espírito cientificista era o sergipano — que se torna professor na faculdade de direito de Recife em 1882 — Tobias Barreto. Sua vasta obra — que inclui também literatura e filosofia — é marcada por um forte cientificismo e por uma rejeição de toda metafísica. Como ele diz em seus *Estudos de Direito*, « A concepção do direito, como entidade metaphysica, sub specie eterni, anterior e superior à formação das sociedades, contemporâneo, por tanto, dos *mam-mouths* e *megatherios*, quando aliás a verdade é que elle não vem de tão longe, e que a história do fogo, as história dos vasos culinários, a historia da cerâmica em geral, é muito mais antiga do que a historia do direito; esta concepção retrograda, que não pertence ao nosso tempo, continua entorpecer-nos e esterilisar-nos »⁽³⁹⁾. E mas adiante ele acrescenta: « É mister bater cem vezes, e cem vezes re-

⁽³⁸⁾ *Ibidem*.

⁽³⁹⁾ Tobias BARRETO, *Estudos de direito*. Brasília: Senado federal/ Conselho editorial, 2004, p. 443.

petir: o direito não é filho do céu, é simplesmente um fenómeno histórico, um produto cultural da humanidade »⁽⁴⁰⁾. É consequente que daí Tobias sustente uma posição materialista, dizendo que « qualquer que seja a escola, em que se filie, nenhum grande pensador da atualidade acredita seriamente na origem transcendental, hiperterrena do direito »⁽⁴¹⁾, bem como seja forte sua reação contra o jusnaturalismo: « Os teimosos teóricos de um direito natural são figuras anacrônicas, estão fora de seu tempo. Se eles possuísem idéias mais claras sobre a história do tal direito, não se arrojariam atê-lo, ainda hoje na conta de uma lei suprema, preexistente à humanidade e ao planeta que ela habita »⁽⁴²⁾.

Tudo isso, como parece consequente, caminha para um cientificismo jurídico bastante inovador, se comparado com as teorias encontráveis no período anterior: « O espírito científico moderno tem um principio regulador. Este principio é a Idea do desenvolvimento, concebido como lei, que domina todos os phenomenos sidericos e telluricos: seres de toda espécie, anorganos e orgânicos, raças, povos, Estados e indivíduos. Em virtude desta mesma lei que o direito, com todas as suas apparecias de contancia e immobilidade também se acha, como tudo mais, n'um perpetuo fieri, sujeito a um processo de transformação perpetua »⁽⁴³⁾. Nota-se, como se pode ver, uma clara simpatia pelas teorias evolucionistas então em voga, que norteavam grande parte das 'ciências' de então. E essa adesão de Tobias ao evolucionismo fica explicitada no seguinte trecho: « O que se quer, e o que importa principalmente, é fazer o direito entrar na corrente da ciência moderna, resumindo, debaixo desta rubrica, os achados mais plausíveis da antropologia darwinica. E isto não é somente uma exigência lógica, é ainda uma necessidade real para o cultivo do direito; porquanto nada há mais pernicioso às ciências do que mantê-las inteiramente isoladas »⁽⁴⁴⁾.

Este evolucionismo, bastante marcado na chamada 'Escola do

⁽⁴⁰⁾ Ivi, p. 444.

⁽⁴¹⁾ Tobias BARRETO, *Estudos de direito e política*. Rio de Janeiro: Instituto nacional do livro, 1962, p. 76.

⁽⁴²⁾ Ivi, p. 52.

⁽⁴³⁾ Ivi, p. 44.

⁽⁴⁴⁾ Ivi, p. 11.

Recife', da qual Tobias era fundador, também era sentida, porém, na escola de São Paulo. Numa edição da revista da faculdade de direito de São Paulo de 1899 (página 317), por exemplo, vê-se o direito descrito como sujeito às determinações evolutivas e sua meta consiste em ajudar « a descobrir as leis que presidem a evolução da humanidade », como se vê também o ilustre professor daquela casa, Pedro Lessa, na mesma revista da faculdade no ano de 1896 (página 37), aduzir que a história do direito serve como « uma forma de desvendar a acção benéfica e incessante deste poderoso factor de civilização que acompanha sempre o homem em sua marcha progressiva para o ideal de perfectibilidade » (45).

Portanto, o que se vê, sob este prisma, é uma cultura jurídica nacional que, de uma maneira geral e para tentar desenhar grandes traços característicos, vai de uma feição 'ancien régime', pré-liberal, escolástico, com um forte sabor de jusnaturalismo teológico, para um tipo de visão de mundo cientificista, evolucionista, em grade parte dos casos também determinista (46).

Neste passo, parece importante perquirir a possível aplicabilidade sobre uma outra forma de abordar a cultura jurídica do Brasil que não por estes traços intelectuais. É o modo como o jurista se coloca diante do saber e da academia, como ele se vê e se porta diante de sua específica área de conhecimento. Afinal, o modo como o jurista vê a si mesmo como produtor de saber e também como produtor de cultura e produtor de efeitos políticos é sem dúvida uma via riquíssima para desvendarmos alguns outros traços da cultura jurídica brasileira.

4. *Do jurista eloqüente ao jurista cientista.*

O mérito de ter aberto esta via teórica bastante original cabe ao

(45) Apud L. M. SCHWARCZ, *O espetáculo das raças*, p. 177.

(46) O evolucionismo e o determinismo científico no direito produziram efeitos importantes no âmbito do direito penal europeu (embora não somente). Vide, a respeito, Pierre DARMON, *Médicos e assassinos na Belle Époque*, Rio de Janeiro, paz e terra, 1991. Sobre a influências desta corrente no México, vide José Ramón Narváez HERNÁNDEZ, *Bajo el signo de Cain: el ser atávico y la criminología positiva em Mexico* in « Anuário Mexicano de Historia del Derecho », XVII, pp. 303-323.

historiador do direito espanhol Carlos Petit. Em publicação recente (47) demonstra como na Espanha oitocentista podem ser vislumbrados dois ‘tipos ideais’ de juristas, bem como um processo de passagem de um modelo a outro. Trata-se, de início, da presença de um jurista ‘eloqüente’ ou ‘jurista romântico’, que valoriza sobremaneira os atributos da palavra falada (e não muito, ou às vezes em nada, a palavra escrita), bem como as vantagens da oralidade. O advogado — modelo por excelência deste tipo de jurista — é aquele que tipicamente é um tribuno, é alguém que transmite com eficácia e grandiloqüência seu saber por meio do discurso declamado. Nesta senda, é a memória o maior aliado do profissional do direito. Exatamente por isso é que há, na Espanha liberal (mas não só ali) um renascimento e uma revalorização da retórica como o instrumento a ser utilizado de modo prioritário pelo jurista-advogado. A revalorização dos estudos da antiguidade clássica e o prestígio assumido nesta época pela figura de Cícero são sinais claros do ‘paradigma’ (denominado de ‘eloqüente’ por Petit) (48) então imperante. E é por isso também que a literatura (e mais particularmente a poesia) se mostra como matéria prima essencial no ofício do advogado. O culto literário representava o cumprimento de um dever profissional que estava arraigado na ‘tradição eloqüente’. Com diz Petit, « es que la poesia es capaz de ofrecer a la gente del foro, em primer lugar, palabras y estilos hermosos que le sirven para compensar la aridez expresiva de los materiales legales ». E, citando um tratado da época, assinala como « al orador forense es mas necesario que á ningun outro consagrarse al estudio de las bellas letras, si ha de neutralizar estas influencias destructuras, y respirar libremente en medio de esta atmosfera helada, de completa esterilidad para la imaginación » (49). Nesta mesma linha, o estudo de outros saberes das ‘humanidades’, tais como a filosofia, a história e o ensino do latim seriam também componentes centrais na formação do jurista sob este padrão: não se poderia de fato imagi-

(47) Carlos PETIT, *Discurso sobre el discurso: oralidad y escritura en la cultura jurídica da la Espana liberal* (lección inaugural, curso académico 2000-2001), Huelva, Servicio de publicaciones Universidad de Huelva, 2000.

(48) Ivi, p. 73.

(49) Ivi, p. 66.

nar um jurista eloqüente que não dominasse e pudesse fazer uso dos exemplos dos antepassados, ou das lições de mestres de outros tempos (ainda que prioritariamente com uma função ornamental e secundária dentro do discurso) em suas preleções e em sua atuação profissional. O advogado deste período é alguém, assim, que estuda também as leis frias e desprovidas de impacto estético, mas na mesma medida (ou até em modo superior) estuda Cícero e os grandes oradores, os poetas e romancistas, os retóricos, os filósofos e os historiadores que, neste século XIX, poderiam adornar uma carga discursiva na direção de uma intervenção eloqüente. Mais do que estudar tudo isso (e seguramente muito mais do que escrever), vinha a prioridade da memória — instrumento de trabalho por excelência deste modelo de jurista. Petit analisa inclusive a composição da biblioteca de um grande advogado liberal espanhol do período (Joaquín María López), notando como os livros de literatura (169), de história (66), de língua e retórica (65) e religião e moral (40) eram muito mais abundantes que os referentes a direito e política (130) ⁽⁵⁰⁾. Não era por outra razão que os cursos de direito na Espanha eram precedidos de ‘cursos preparatórios’, (compostos de estudos de latim, filosofia, história e literatura, a serem seguidos na faculdade de letras), para possibilitar a obtenção de uma ‘elegante educação’ ⁽⁵¹⁾.

Naturalmente que outra face óbvia deste tipo de profissional seria, de um lado, a da intervenção jornalística (usando-se desta linguagem que se assemelha, de fato, àqueles conteúdos de eloqüência retórica próprios de uma cultura que valoriza a oralidade), onde os advogados eram, de fato, presença constante, e de outro lado a intervenção política, a atuação do advogado como homem público, o homem ‘de causas’. O conjunto dos saberes valorizados por este ‘advogado eloqüente’, assim, seria o complemento natural na formação profissional e intelectual desta figura muito típica na vida espanhola até os anos 80 do século XIX. A partir deste período, porém, outro perfil vai se formando e se consolidando: o do jurista que progressivamente vai passando a valorizar a palavra escrita, o

⁽⁵⁰⁾ Ivi, p. 74.

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. 66.

jurista que vai de modo crescente constituindo revistas acadêmicas, o jurista que passa a valorizar, como fundamento legitimador de seu discurso, não mais as estratégias retóricas, mas a solidez dos argumentos científicos. O uso da retórica passa a ser desvalorizado como estratégia (aduzir que alguém falou com retórica passa a significar que alguém falseou um discurso) na mesma medida em que o uso de argumentos revestidos com o rigor da ‘ciência’ para a ser cada vez mais considerado mais adequado. O modelo do jurista professor, tão forte nas universidades alemãs, vai impactando em maior grau a universidade espanhola e constituindo um novo paradigma que vai cada vez mais se consolidando e se estabelecendo, o do assim chamado ‘jurista cientista’.

Esta passagem do jurista ‘eloqüente’ para o jurista ‘cientista’, grosso modo, pode ser transplantada para o caso da cultura jurídica brasileira, embora, a princípio, pareça haver uma fase de transição bastante híbrida que não permite o estabelecimento de claras definições sem uma pesquisa mais aprofundada. É claro que este tipo de investigação, do modo como colocado aqui, não passa de um conjunto de indicações e de pistas que devem ser aprofundadas com o uso das fontes apropriadas, mas de fato parecem existir elementos para vislumbrar, ao menos como ‘tipos ideais’, a presença no Brasil de um ‘jurista eloqüente’ e de uma passagem para um paradigma diverso, o de um ‘jurista cientista’. Com efeito, não é difícil encontrar nos juristas brasileiros todos estes traços. Para começar, também os cursos de direito no Brasil eram dotados de um ‘curso preparatório’, cuja instituição era prevista no art. 11 da lei de 11 de agosto de 1827 (que criou os cursos jurídicos no Brasil) precisamente para dar aplicação ao art. 8º desta mesma lei que previa que « Os estudantes que se quiserem matricular nos cursos jurídicos, devem apresentar as certidões de idade [...] e de aprovação da língua francesa, gramática latina, retórica, filosofia racional e moral, e geometria ». Ou seja, nos cursos de direito do Brasil, antes de ingressar na análise das matérias necessárias à obtenção da láurea, o estudante deveria se mostrar habilitado em determinados saberes das ‘humanidades’, tidas como pressuposto para o bacharel em direito. Outro atributo mais do que notável dos nossos juristas em boa parte do século XIX foi precisamente a sua forte atuação lite-

rária, jornalística e política ⁽⁵²⁾. Ruy Barbosa, nesse sentido, já assinalava que na época de sua formação (ele graduou-se em 1870) « o mundo acadêmico e o mundo político se penetravam mutuamente » ⁽⁵³⁾. Sérgio Adorno, em seu conhecido livro sobre o bacharelismo liberal no Brasil, chega até mesmo a aduzir que na academia de São Paulo « privilegiou-se a formação política, em lugar da formação exclusivamente jurídica » ⁽⁵⁴⁾. Este mesmo sociólogo também elabora um quadro com a produção intelectual dos professores da Faculdade de Direito de São Paulo, aduzindo que a maior parte de sua produção « se concentrava em questões públicas e da vida civil », fato que faz decorrer « a intensa atenção para com a literatura », pois, « ao que parece, a produção de romances, comédias, dramas, poesias, memórias, discursos literários representou », na sua leitura, « importante prática na construção dos fundamentos morais da elite política ». Do mesmo modo ele aponta que a « oratória (constituiu) característica identificável, com freqüência, nos traços biográficos de inúmeros acadêmicos » ⁽⁵⁵⁾.

Este, de fato, era um traço claramente perceptível na cultura jurídica do Brasil de então. Era tremendamente comum que a descrição dos traços biográficos dos mestres das faculdades de direito da época sublinhassem os atributos do domínio da retórica, do domínio literário e do conhecimento dos saberes das ‘humanidades’ como distintivos da grandeza destes juristas. Clóvis Beviláqua, em seu estudo sobre a história da faculdade de direito do Recife, ao descrever o professor Francisco de Paula Batista (já mencionado anteriormente), aduz que « Não foi, porém a política nem o jornalismo, em que se assinalou vantajosamente, nem a oratória, em que primou pela facilidade de expressão, e pelo vigor da dialética, nem outro qualquer gênero de atividade mental, que lhe deu celebridade. Fora as suas lições na Faculdade de Direito, e os dois compêndios, que publicou, para uso de seus alunos e do foro... Tão

⁽⁵²⁾ Como constata com profusão de dados Alberto VENÂNCIO FILHO, *Das arcadas ao bacharelismo*, cit., pp. 136-148.

⁽⁵³⁾ *Apud* Spencer VAMPRÉ, *Memórias para a história da faculdade de direito da academia de São Paulo*, cit., p. 163.

⁽⁵⁴⁾ Sergio ADORNO, *Os aprendizes do poder*, cit., p. 141.

⁽⁵⁵⁾ *Ivi*, pp. 143-145.

grande prestígio adquiriu o ensino de Paula Batista que a imaginação popular o envolveu numa auréola de lenda » (56). Nesta mesma linha, Spencer Vampré, na correlata história da faculdade de direito de São Paulo, quando cita o professor João Monteiro, descreve-o como « Jurisconsulto, eloquentíssimo orador, — diz um seu biógrafo, — conhecendo a fundo as disciplinas, em que se especializou, primando pela cultura literária, e pelo gosto artístico, que lhe esmaltavam o alto merecimento profissional, inteligentíssimo, erudito mesmo [...] lente talentoso e erudito, e uma das maiores figuras da Academia em todos os tempos » (57). Tais descrições, de fato, são numerosas e apontam para a presença no Brasil daquilo que Petit caracterizara como o ‘jurista eloqüente’.

Por outro lado, a partir da segunda metade do século XIX outro perfil de jurista começa a se sobressair. Já próximo dos anos 60, aparece a importante figura de Teixeira de Freitas, já mencionada antes, que traz consigo de maneira acentuada a presença da doutrina alemã. Este processo é percebido por Venâncio Filho, que vai assinalar que nas faculdades de direito, « deixando de lado o praxismo dos primeiros anos, de influência tipicamente portuguesa, [...] pode-se destacar na segunda metade do século XIX [...] a influência de Savigny » (58). A obra de Teixeira de Freitas, de fato,

(56) Clóvis BEVILÁQUA, *História da faculdade de direito do Recife*, cit., p. 309.

(57) Spencer VAMPRÉ, *Memórias para a história da faculdade de direito da academia de São Paulo*, p. 298-299.

(58) Alberto VENÂNCIO FILHO, cit., p. 151. Percebe-se, de fato, a forte presença de Savigny na reflexão de Teixeira de Freitas, que na ‘Introdução’ à sua ‘Consolidação das leis civis’, vai chamá-lo de « profundo » e « sábio » (Augusto TEIXEIRA DE FREITAS, ‘Introdução’, in Augusto TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis Civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859, pp. CLVI e CXLII, respectivamente.). De fato, como esclarece Miguel REALE (*Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas* in Sandro SCHIPANI, (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, págs. 41-44), embora se note um certo ecletismo teórico na produção de Teixeira de Freitas (onde o elemento inovador não pode ser desprezado), havia em seus escritos um casamento, embora sem um explícito tratamento filosófico unitário, de elementos da Escola Histórica e do direito natural. Apesar de certamente os autores franceses e de relevantes conceitos da Escola da Exegese não lhe serem desconhecidos, é a ciência jurídica alemã (que ele aduz ter « alcançado os mais brilhantes triunfos ») e de modo particular a Savigny que são rendidos os maiores tributos. (Opinião, também, de

representa uma tentativa de busca de outros padrões e de uso de outros referenciais teóricos (dos ‘adiantados’ conceitualistas alemães) claramente em oposição ao uso dos tradicionais manuais impregnados da escolástica e de um jusnaturalismo ‘ancien régime’. Outro elemento importante na direção da construção do modelo do ‘jurista cientista’ em substituição ao ‘jurista eloqüente’ no Brasil é precisamente a reflexão da assim chamada ‘Escola do Recife’, também já referida antes, dotada de tons claramente germanófilos⁽⁵⁹⁾ e cientificistas. Antes já ficou suficiente demonstrado como Tobias Barreto (o fundador da ‘Escola’) rejeitava aquilo que ele denominava ‘metafísica’ e como ele propugnava pela construção de um saber jurídico revestido de cientificidade, o que vinha junto com laivos do determinismo evolucionista muito em voga naquele tempo. Tobias também parecia não ter muito apreço pelo estilo retórico e grandiloqüente que marcou as gerações precedentes dos juristas brasileiros (como também da maior parte de seus contemporâneos), em vista de sua sempre ácida condenação ao que ele denominava a ‘fraseologia’. Para ele, era uma tarefa importante insurgir-se « contra a *frase*, contra o *estilo de salão* que enfraquece o pensamento e corrompe os estudos sérios »⁽⁶⁰⁾.

Por fim, a reforma do ensino advinda do Decreto 1030-A, de 14/11/1890, complementado pelo Decreto 1232-H, de 02/01/1891, que se seguiram ao advento da República no Brasil e que contaram com a presença central de Benjamin Constant, parece constituir um passo decisivo na constituição de um jurista mais acadêmico: são estes regulamentos que, diante da separação entre Igreja e Estado, suprimiram a obrigatoriedade do estudo do direito eclesiástico, instituem a obrigatoriedade do ensino de história do direito nas faculdades, apontam esforços no sentido de que as faculdades tivessem um intercâmbio constante com ‘as instituições mais adiantadas da

Clóvis COUTO E SILVA, *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*, in Vera Maria Jacob de FRADERA, *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 17).

⁽⁵⁹⁾ Mario LOSANO, *La scuola di Recife e l'influenza tedesca sul diritto brasiliano* in Giovanni TARELLO (a cura di), « Materiali per la storia della cultura giuridica », IV, 1974, pagg. 321-412.

⁽⁶⁰⁾ *Apud* Evaristo de MORAIS FILHO, *Medo à utopia*, p. 69.

Europa e da América’, bem como — e este parece ser um ponto essencial — ficou instituída a obrigatoriedade da criação de uma *Revista Acadêmica* em cada uma das faculdades (que consoante estipulava o art. 207 do Decreto, ‘deveria ser redigida por uma comissão de oito lentes, impressa em oitavo francês, sendo obrigatória a aceitação do cargo de redator’). Este indica um passo importante na passagem de um tipo de saber que era sobretudo calcado na oralidade (em decorrência da valorização de um saber retórico e eloqüente) para um tipo de saber calcado na escritura (como convém a um padrão mais ‘científico’).

5. *Relendo os Traços do ‘bacharelismo no Brasil.*

Este modo de encarar os traços intelectuais do jurista da segunda metade do século XIX nos indica desde logo uma importante conclusão: a necessidade de revisitar algumas interpretações sobre o bacharelismo liberal brasileiro. Uma reinterpretação da cultura jurídica brasileira tem como um dos efeitos principais jogar uma nova luz sobre esta discussão, ao menos do modo como alguns teóricos instigantes, mas que não davam a devida atenção e importância à cultura jurídica brasileira, colocaram esta discussão.

De fato, em seu estudo, já antes citado, o sociólogo da USP Sérgio Adorno baseia sua análise no fato de que no caso do ensino jurídico do império brasileiro o ‘ambiente extra-ensino, independente da relação didática estabelecida entre corpo docente e corpo discente, foi efetivamente responsável pela formação profissional do bacharel’⁽⁶¹⁾. Advoga ele a tese de que « as idéias jurídicas penetravam a estrutura curricular após difundidas entre o corpo acadêmico e expressas em sua imprensa »⁽⁶²⁾, procedendo deste modo não só uma separação como também uma preeminência da atividade jornalística dos bacharéis diante da atividade ‘jurídica’. Aduz ele ainda que « não se afigura comprovável que o ensino jurídico do império tenha sido eficaz a ponto de modificar o comporta-

⁽⁶¹⁾ Sergio ADORNO, *Os aprendizes do poder*, cit., p. 92.

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 143.

mento do corpo discente e lhe propiciar, através de um plano pedagógico definido, uma formação profissional » (63). Como conclusões conseqüentes a partir destas premissas, conclui o sociólogo que, no final das contas, a Escola de direito paulista era responsável por uma produção de conhecimento que « se concentrava em questões públicas e da vida civil » (64), motivo pelo qual ali teria se produzido « uma safra numericamente inexpressiva de juriconsultos, em favor de um contingente quantitativamente expressivo de advogados, administradores, parlamentares, oradores, jornalistas e artistas » (65). Para comprovar tais dados, traz tabelas nas quais a relação das funções desempenhadas (dentro e fora do Estado) pelos professores da faculdade paulista no Império denotam que poucos deles eram professores com dedicação exclusiva ao magistério. Ademais, tais tabelas também indicam que, salvo algumas exceções, a maioria dos professores de São Paulo teve produção acadêmica (livros, compêndios) extremamente reduzida ou, às vezes, até inexistente (66). Por tudo isso, fazendo uma avaliação geral do papel da Academia de São Paulo, aduz que ela « não se constituiu, pelo menos durante a vigência do regime monárquico, em *locus* privilegiado da produção da cultura jurídica liberal brasileira ». Nessa medida prossegue ele, « a formação profissional do bacharel, embora realizada sob o signo da ciência do direito, teve muito mais um sentido político do que propriamente jurídico » (67) de modo que sua função precípua acabou sendo « propiciar a transmissão de uma ideologia particular ou promover treinamento específico para seus estudantes » (68). Para ele, enfim, o « ensino jurídico no império nunca existiu concretamente » (69).

Embora uma série de outros argumentos pudesse ser aqui colocada (70), parece que o problema central desta abordagem está

(63) Ivi, p. 93.

(64) Ivi, p. 145.

(65) Ivi, p. 96 e 102.

(66) Ivi, p. 122-131.

(67) Ivi, p. 241.

(68) Ivi, p. 143.

(69) Ivi, p. 94.

(70) Como por exemplo: não parece acertado supor que os estudantes “ignora-

em precisamente perder de vista que o perfil do jurista brasileiros do século XIX não era estranho a uma cultura assentada na oralidade (portanto em um saber que deveria ser retórico, e portanto

vam” a formação jurídica que dispunham nas faculdades de direito no Império (sobretudo a partir da segunda metade do século XIX) ou que esta lhes fosse absolutamente imprestável, como sugere Adorno. Se é certo que havia uma série de precariedades (sobretudo até meados do século) no ensino jurídico brasileiro, bem como um marcado autodidatismo, além da presença importante das atividades de jornalismo entre os estudantes, isso não pode significar que não houvesse uma prevalente preocupação com as disciplinas cursadas, que, afinal, eram aquelas as que possibilitariam o passaporte para a vida profissional como advogados, juízes, etc. Percebe-se, é certo, uma formação bastante particular, onde as atividades extra-classe tinham um papel relevante e a idéia da formação política (intrínseca à convicção de que ali estava sendo formada a elite nacional) era conexas à formação jurídica, como já se disse acima. Mas, a partir destas peculiaridades, chegar-se à conclusão da inexistência da formação jurídica parece excessivo. Sobretudo a partir dos anos 50 os testemunhos são eloqüentes quanto à existência de alguns grandes mestres nas academias, que marcaram as gerações subseqüentes e indubitavelmente foram responsáveis pela circulação de idéias jurídicas (embora não só) que marcaram a atuação das faculdades de direito em suas épocas. Não seria crível que os professores das faculdades de direito — que, é de se lembrar, constituíam quase que as únicas instituições de ensino superior no Brasil da época e as únicas faculdades de direito — fossem absolutamente desconsiderados pelo corpo discente que estaria exclusivamente preocupado em atividades políticas e jornalísticas. Sobretudo a partir do momento em que o predomínio da legislação e da doutrina brasileira começa a suplantando a portuguesa no ensino e na prática (o que exigiu um esforço intelectual de adaptação e compreensão do nascente direito brasileiro), não é razoável supor que os estudantes haurissem sua formação inteiramente de um autodidatismo que tenha como pressuposto um total vazio da parte dos mestres.

Mais: não impressionam os dados que mostram que as faculdades de direito do império formavam mais advogados, administradores e políticos do que jurisconsultos. Afinal, os estudiosos que acabam, no futuro, por contribuir na construção da cultura (no nosso caso, a cultura jurídica) são sempre uma minoria absoluta entre os egressos das instituições de ensino — máxime num curso como o de direito, que atribuía tantas outras possibilidades profissionais aos jovens bacharéis. Esta proporcionalidade na produção de personalidades culturais parece sempre ter sido assim, como o é, aliás, até hoje. Por isso, a suposta “pouca quantidade” de juristas não deve levar à conclusão sobre as academias eram necessariamente precárias e culturalmente vazias.

É de se acrescentar também que as faculdades de direito do império eram reguladas de perto pelo poder central. A sua estrutura curricular e o seu funcionamento partiam de regras do Estado (seja do parlamento ou do ministério do Império) e, por isso, as vicissitudes do ensino jurídico eram objeto de debates públicos, tanto na câmara quanto no senado. Aliás, o próprio fato do Estado promover (ou ao menor tentar promover) uma série de sucessivas reformas no ensino das faculdades do direito no Brasil

alheio à produção de conhecimento ‘impressa’ e assentada numa linguagem ‘científica’ que fosse livre dos arroubos eloqüentes, que tanto vai caracterizar um outro modelo de jurista). Ao contrário, a

no período aqui privilegiado (em 1854, 1865, 1871, 1879, 1890 e 1891) demonstram como o dia a dia da didática do ensino não era algo deixado de lado pela esfera pública de então. Ao contrário, a intenção de controle era bastante sensível. E tal controle não só compreendia a inserção de determinadas disciplinas (como ocorreu com o direito romano e o direito administrativo, em 1854), como dizia respeito inclusive aos próprios compêndios que deveriam ser utilizados pelos professores em suas aulas. Ficou bastante conhecido o episódio ocorrido em 1860, no qual a congregação da faculdade de direito do Recife, contrariando a determinação do Império que *determinara* a adoção do compêndio de Pedro Autran da Mata Albuquerque para a disciplina de Economia Política, decidira que ele somente deveria ser adotado se assim o entendesse o lente da cadeira. Diante disso, o Ministro do Império João de Almeida Pereira Filho censurou o ato da congregação, que não poderia expressar tal autonomia. Por meio do Aviso de 29 de dezembro de 1860, afirmou o ministro que « a adoção de compêndios não é direito exclusivo ou positivo, dos lentes; porque importaria isso privar o Governo de exercer interferência e inspeção, a respeito de uma matéria tão transcendente no ensino público, o que é inadmissível » (VAMPRE, Spencer. Memórias para a história da faculdade de direito de São Paulo, p. 81). Tal incidente, « como não poderia deixar de acontecer » (Ivi, p. 81), resultou na efetiva adoção do referido compêndio. Dessa forma, num contexto como esse, não parece razoável a pressuposição de que « o ensino jurídico nunca existiu concretamente », como diz Adorno.

Ademais, é de se lembrar que os maiores juristas brasileiros do século XIX (cite-se como exemplos Teixeira de Freitas, da turma de 1864, Pimenta Bueno, da turma de 1833 e o já mencionado Ruy Barbosa, da turma de 1870) eram egressos das academias de direito brasileiras. O fato deles não terem jamais composto as fileiras docentes das faculdades de direito, por outro lado, não quer significar, por si só, que tivesse existido uma relação de estranheza entre as academias e esses doutrinadores ou que a doutrina ensinada nas faculdades ignorassem sua importante contribuição teórica (como sugere Adorno). Para ficar apenas num exemplo (pois conclusões mais abrangentes nesse sentido dependeriam de uma investigação específica), é de se notar a imensa repercussão acadêmica da célebre “consolidação das leis civis”, de Teixeira de Freitas, tanto dentro da academia quanto nos foros.

É importante não perder de vista, repita-se, que no contexto do império as faculdades de direito de São Paulo e Recife eram as únicas instituições formadoras de bacharéis, sendo, queira-se ou não, e para o bem e para o mal, a catalisadora da cultura jurídica do período. Indicar uma série de deficiências das academias (quer do ponto de vista físico, quer do ponto de vista didático) não deve levar à conclusão automática no sentido de que havia uma precariedade absoluta (ou até mesmo uma inexistência) da formação jurídica. O recolhimento de detalhes pitorescos sobre o desrespeito dos alunos para com os professores ou sobre o anacronismo de certas aulas não pode levar à conclusão (como faz Adorno), de modo absoluto, que tudo o que se fazia, praticava e

inserção num saber que sempre se aproximava da literatura e da cultura clássica, o desempenho de funções públicas, a intervenção no debate das ‘causas nacionais e regionais’, a intervenção política enfim, eram características intrínsecas e incidíveis do jurista deste período. Mais do que isto, como diz Petit, eram a própria condição cultural do « jurista romântico » (71). Não parece um procedimento adequado, por isso, separar o conhecimento do jurista do século XIX do conteúdo de oralidade de que ele se revestia, procurando-se, obviamente em vão, a ‘produção de conhecimento’ do jurista como se ele fosse um cientista acadêmico do século XX. Igualmente não parece adequado o procedimento de Adorno em separar o saber do jurista deste período do saber literário e retórico (sobretudo da cultura clássica), como também, enfim, não parece adequado separar a prática do jurista da sua atividade política e jornalística. Tudo isso formava uma unidade, que constituía a própria identidade do homem das letras jurídicas do século XIX. Enfim, Adorno parece buscar no século XIX algo que lá não existe: um cientista do direito, imerso numa academia com padrões germânicos, perdendo de vista que a cultura jurídica no século XIX tinha outro matiz.

No fundo, portanto, o que escapa a Adorno é verificar o que é efetivamente a cultura jurídica brasileira do século XIX. A produção do conhecimento jurídico, para ele, é ora tratado como uma mera prática profissional, destituída de espessura e especificidade

estudava nos cursos jurídicos era algo completamente alheio aos estudantes. As precariedades (que eram reais) do ensino jurídico do século XIX eram correspondentes às precariedades estruturais do próprio Estado e da vida intelectual brasileira do período. Não seria cabível esperar que a arcaica e inculta sociedade brasileira do século XIX produzisse cursos superiores que tivessem qualidades idênticas a algumas das universidades europeias (ou mesmo a algumas latino americanas) e muito menos seria de se esperar que as faculdades do século XIX fossem iguais às do século XX. Ao buscar “professores com dedicação exclusiva” ou produtores de conhecimento científico de acordo com os padrões contemporâneos Sergio Adorno parece deixar escapar pelas mãos as especificidades históricas do ensino, da cultura jurídica e da própria estrutura social brasileira do século XIX. Os cursos de direito brasileiros desse período eram peixes dentro do aquário adequado, e as limitações por eles encontrados eram as limitações históricas da própria sociedade brasileira.

(71) Carlos PETIT, *Discurso sobre el discurso*, cit., p. 72.

cultural, ora é tratada como um mero instrumento ideológico que era colocado de um modo um tanto direto e sem maiores mediações a serviço das elites agrárias dominantes.

Com efeito, pelo fato do referido autor desde o início sentenciar que as academias eram demasiadamente precárias do ponto de vista teórico para serem responsáveis pela criação de uma cultura jurídica, ele estabelece um isolamento artificial entre as academias de direito e a produção da cultura jurídica (cuja efetiva densidade, todavia, parece lhe escapar). É como se houvesse um muro que separava de modo estanque as academias e o saber do direito (que encontrava a sua efetiva origem e sua real circulação em meios extra-acadêmicos não muito bem explicitados), sem que houvesse qualquer circulação de significados.

O ponto que parece faltar a Adorno, então, é precisamente um aporte genuinamente historiográfico jurídico, ou seja, uma avaliação da qualidade eminentemente jurídica (bem como o seu impacto sobre o campo jurídico da época) da produção das academias que fosse levada a efeito. O porte teórico dos trabalhos dos juristas, incluindo a avaliação do tipo de herança recebida pela cultura jurídica européia e a qualidade da sua ‘adaptação’ pelos mestres brasileiros não é uma estratégia utilizada por Adorno antes que ele decretasse a inutilidade, em termos de produção teórica, das faculdades de direito do império. É compreensível, aliás, que ele assim não proceda, já que se trata de um trabalho de sociólogo e não um trabalho de jurista (com todos os limites que podem decorrer disso, quando o objeto em questão depende de uma análise eminentemente jurídica).

Assim, dentro desse contexto, perde sentido a tentativa de Adorno em opor ou confrontar a ‘academia formal’ com a ‘academia real’ (72). Essa dualidade remete a uma dualidade entre um saber jurídico ‘puro’ (que seria, ao que parece, um saber dos códigos e das leis) e um outro saber ‘não jurídico’ (que seria composto de toda uma carga dos saberes da retórica, das letras, etc.). Tal dualidade, porém, na realidade não existia, já que ambas formavam uma

(72) Ivi, p. 91.

unidade que não pode ser compreendida, dentro dos moldes da cultura jurídica brasileira do século XIX, de um modo separado.

Na verdade não havia uma dualidade de academias, como não havia uma dualidade entre um saber jurídico ‘strictu senso’ — tal como seria definido muito mais tarde por uma teoria ‘pura do direito’ — e um saber acessório ou meramente ‘agregado’ ao direito; as escolas de direito do Império (como também a cultura jurídica brasileira) tinham um conjunto de significados que comportavam a um só tempo as suas fortes cargas simbólicas e também os efetivos conteúdos e discursos que elas colocavam em circulação, fossem eles efetivos ou anacrônicos, retrógrados ou modernizantes, jusnaturalistas escolásticos ou positivistas deterministas, retóricos ou ‘científicos’.

Trata-se, portanto, de compreender a cultura jurídica brasileira do império a partir de três ângulos, que todavia constituem lados de um mesmo cristal: trata-se, em primeiro lugar, de verificar o saber do direito a partir do modo como ele historicamente circula, considerando sua dinâmica interna e respeitada a sua espessura, e tomando-se sua densidade e seu papel (que não é meramente técnico, instrumental ou ideológico), para, a partir daí, verificar como ele cumpre uma função efetiva e opera efeitos concretos no âmbito cultural. Em segundo lugar, trata-se de verificar o modo como o saber jurídico dialoga com os diversos componentes culturais, verificando nas suas transformações internas o modo como ele elabora e reelabora tais componentes. Por fim — e de um modo não mecânico ou esquemático — verificar como este saber do direito — tomado a partir desta complexidade e sem reduções — estabelece sua relação com as estruturas sociais, econômicas e políticas do período histórico estudado.

É nesse entrecruzamento que a cultura jurídica se deixa entrever e é aqui que o mister do historiador do direito se apresenta.

FRANCESCOMARIA TEDESCO

L'IMPERO LATINO E L'IDEA DI EUROPA.
RIFLESSIONI A PARTIRE DA UN TESTO
(PARZIALMENTE) INEDITO DI ALEXANDRE KOJÈVE (*)

1. Brevi cenni sulla nozione di impero nel lessico teorico contemporaneo. — 2. L'«impero latino» in uno scritto (parzialmente) inedito di Kojève. — 3. «L'uomo rimane un figlio della Terra»? *Sinnvolle Feindschaft* e unità del mondo. — 3.1. Alcune considerazioni. — 4. *Coté fascistant?* Kojève negli Stati Uniti.

1. *Brevi cenni sulla nozione di impero nel lessico teorico contemporaneo.*

Il lessico filosofico-politico, politologico e internazionalistico contemporaneo si è arricchito, negli ultimi anni, di un termine antico a cui si è tentato di dare un senso nuovo: impero. Protagonisti indiscussi del *revival* della nozione di impero sono stati Michael Hardt e Antonio Negri col loro fortunato libro *Empire* ⁽¹⁾.

(*) Desidero ringraziare, innanzi tutto, Robert Howse dell'University of Michigan Law School, senza la cui generosità questo saggio non sarebbe stato possibile. A Paolo Cappellini e Pietro Costa, poi, va la mia riconoscenza per avermi sollecitato a scrivere su un argomento così complesso. Valerio Marotta, Elena Mazzini, Gennaro Oriolo, Stefano Pietropaoli e Filippo Ruschi hanno discusso con me i temi qui trattati, e sono stati prodighi di consigli. Un ringraziamento particolare va a Nello Preterossi, per la pazienza e la disponibilità con cui ha seguito la genesi e l'evoluzione di questo scritto e per i preziosi suggerimenti. Infine, ringrazio Danilo Zolo per l'attenzione che da sempre riserva al mio lavoro.

⁽¹⁾ M. HARDT, A. NEGRI, *Empire*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2000; trad. it. *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Milano, Rizzoli, 2002.

Ma il termine — come si diceva — è antico, tanto che il dibattito novecentesco sull'imperialismo e l'impero ha preso largamente spunto dai modelli imperiali romano, ateniese, bizantino, ottomano (2). Solo per fare un esempio, tra la fine degli anni Settanta e gli Ottanta del secolo scorso alcuni teorici neorealisti delle relazioni internazionali (Gilpin, Waltz, Keohane), discutendo della nozione di 'impero', la contrappongono a quella di 'egemonia' e tra i due concetti « optano decisamente per il secondo. Keohane, in particolare, ha elaborato con notevole successo la nozione di *hegemonic stability*, che assume il primato di una o più grandi potenze come fattore di stabilizzazione delle relazioni internazionali e concepisce questo primato in termini molto lontani dall'idea di una conflittualità espansionistica permanente, secondo il modulo imperiale classico » (3).

Ma nel corso del Novecento il dibattito su 'impero' e 'imperialismo' è fiorito ben oltre il neorealismo: basti pensare alla riflessione marxista e neo-marxista (Lenin, Wallerstein) o al pensiero conservatore e reazionario europeo (Evola, Schmitt, de Benoist) (4).

Hardt e Negri, dal canto loro, hanno tentato di cogliere la forma giuridica (la *costituzione*) di questa 'nuova' entità politica. La particolarità del lavoro di Hardt e Negri risiede nell'affermazione della perdita della dimensione spaziale del potere politico: l'impero non ha alcun centro, né va confuso con l'imperialismo come tendenza egemonica di un singolo Stato-nazione (gli Stati Uniti), poiché esso è in ogni luogo, è 'deterritorializzato'. I temi dell'ubiquità e della pervasività dell'impero sembrano peraltro sviluppare alcuni elementi di critica alla globalizzazione capitalistica i cui germi erano già nel *Manifesto del partito comunista* e che da quel testo si dipa-

(2) Mentre « Nessuna diretta influenza sembra invece essere stata esercitata dall'esperienza degli imperi antichi: mediorientali, mesopotamici, cinesi »: D. ZOLO, *Usi contemporanei di 'Impero'*, in « Filosofia Politica », XVIII, 2004, 2, p. 187. Per i brevi cenni al dibattito contemporaneo sulla nozione di 'impero' si farà riferimento a questo testo. C'è da dire che Zolo non disdegna affatto l'uso della nozione in questione. E tuttavia egli nel farlo si ispira piuttosto alla lezione di filosofia del diritto internazionale di Carl Schmitt, talvolta in aperto dissenso con le tesi di Hardt e Negri: cfr. *ivi*, pp. 193 ss.

(3) *Ivi*, pp. 183-184.

(4) Cfr. *ivi*, pp. 187-191.

nano lungo la tradizione del pensiero marxista e neo-marxista cui si è fatto cenno. D'altro canto, la concezione antropologica che sta alla base di *Impero* riprende il concetto di *Gattungswesen* del giovane Marx.

La nozione di 'impero', nell'elaborazione del filosofo padovano e del suo collaboratore statunitense, è sembrata subito soffrire di una evidente debolezza concettuale e semantica ⁽⁵⁾. Mario Tronti ha parlato, a questo proposito, dell'Impero come di un'immagine, più che di un concetto. Ciò ne giustificherebbe l'impressionante capacità di fascinazione: è diventato molto facile imbattersi nel termine sia nel dibattito giornalistico che nelle pubblicazioni degli accademici.

Un contributo critico proviene dallo studioso italiano del neo-regionalismo Mario Telò ⁽⁶⁾, il quale frustra sul piano teorico (integrato da riferimenti empirici) le velleità dei nuovi teorici dell'impero, suggerendo loro di riferirsi, più che a quel termine, alla nozione di 'supremazia' statunitense. Il concetto di 'supremazia', sostiene Telò, si sostituisce nel XXI secolo alla gramsciana egemonia dal momento che quest'ultima — che ha caratterizzato il ruolo statunitense nei trent'anni successivi alla Seconda guerra mondiale — era una forma di consenso 'corazzato' dal dominio militare ed economico, laddove la prima è priva dell'elemento del consenso ⁽⁷⁾. Telò sostiene, contro la retorica 'imperiale' del dominio de-spazializzato, che non è affatto paradossale parlare, per l' 'impero' Usa, di 'sovranismo': « è vero che gli Usa si avvalgono di funzioni transnazionali e funzionali deterritorializzate, ma sulla solida base di un potere politico nazionale, capace ancora di conciliare, quasi "schmittianamente" in momenti e questioni d'eccezione, l'interesse nazio-

⁽⁵⁾ Per una discussione critica di *Impero* mi permetto di rinviare al mio *Affrettate tanatografie. Verso un nomos imperiale?*, in « Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto », LIII, 2003, 1. Rinvio altresì, nella messe di letteratura critica sorta attorno al testo di Hardt e Negri, almeno a M. CACCIARI, *Digressioni su impero e tre Rome*, in « Micromega », 2001, 5; ID., *Ancora sull'idea di impero*, in « Micromega », 2002, 5; T. NEGRI, D. ZOLO, *L'impero e la moltitudine. Un dialogo sul nuovo ordine della globalizzazione*, in « Reset », settembre 2002.

⁽⁶⁾ *L'Europa potenza civile*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

⁽⁷⁾ Ivi, pp. 15-30.

nale con l'azione internazionale, riorganizzando spazi geopolitici » (8). Dunque l'espressione 'impero deterritorializzato' per Telò « resta obsoleta e talmente indeterminata da non resistere alla critica empirica e teorica » (9).

2. *L'impero latino' in uno scritto (parzialmente) inedito di Kojève.*

La brevissima e del tutto inadeguata *Begriffsgeschichte* sopra tracciata richiede di essere integrata con un uso del termine 'impero' affine — ma si prenda l'accostamento *cum grano salis* — alla teoria regionalista, quanto meno nell'accezione di analisi delle forme di aggregazione regionale sovranazionale.

L'autore cui si farà riferimento è Alexandre Vladimirovitch Kojevnikov, meglio conosciuto col cognome 'occidentalizzato' di Kojève. Kojève nacque a Mosca nel 1902 da Vladimir (discendente da una ricca famiglia borghese) e Alexandra Mitrofanovna. Il nonno paterno di Kojève aveva sposato la vedova Kandinsky, Lydia Tykheeva, madre di Wassily. Con lo zio pittore Kojève tenne una corrispondenza ancora in gran parte inedita (10). Nel 1920, dopo essere stato imprigionato in Russia per aver venduto dei beni di famiglia al mercato nero durante i giorni concitati della Rivoluzione d'ottobre, Kojève tentò la fuga verso occidente con l'amico Georges Witt, ma i due furono imprigionati in Polonia con l'accusa di essere due spie bolsceviche. Kojève in galera contrasse il tifo. Witt, liberato in precedenza, riuscì a far scarcerare l'amico, e i due si procurarono i passaporti per entrare in Germania. Qui Kojève — oltre a studiare il sanscrito, il tibetano, il cinese e a interessarsi in generale alla cultura orientale, ma anche alla storia delle religioni e

(8) Ivi, p. 22.

(9) Ivi, p. 23.

(10) Due lettere di Kojève a Kandinsky sono state pubblicate in italiano nella raccolta, curata da Antonio Gnoli, A. KOJÈVE, *Il silenzio della tirannide*, Milano, Adelphi, 2004. A parte le lettere pubblicate, pare che il carteggio consti di altre 28 missive di Wassily Kandinsky e 5 di Alexandre Kojève, conservate presso il Centro Pompidou di Parigi: D. AUFFRET, *Alexandre Kojève. La philosophie, l'État, la fin de l'Histoire*, Paris, Grasset, 1990, p. 633.

alla matematica e alla fisica contemporanee — si iscrisse all'università di Heidelberg, dove divenne allievo (e successivamente amico) di Karl Jaspers. Fu a Heidelberg che Kojève incontrò la sua futura moglie Cécile Leonidovna Shoutak, all'epoca cognata di Alexandre Koyré⁽¹¹⁾. Nel 1926, Kojève sostenne la sua dissertazione di dottorato con Jaspers.

Si trattava di un lavoro dedicato allo 'Hegel russo' Vladimir Soloviev⁽¹²⁾. Successivamente trasferitosi con la moglie in Francia, Kojève conseguì quasi contemporaneamente — nel 1933 — il diploma dell'École Pratique des Hautes Études (con una tesi che riprendeva il suo lavoro heidelbergiano sulla metafisica religiosa di Soloviev) e il dottorato alla Sorbonne, dove discusse *L'idée du déterminisme dans la physique classique et dans la physique moderne*. Ma il '33 fu l'anno che avrebbe segnato l'inizio di una leggendaria vicenda della cultura francese legata al nome di Kojève: « Koyré decide precipitosamente di abbandonare la cattedra di filosofia delle religioni che ricopriva presso la École Pratique per partire alla volta dell'università del Cairo e propone Kojève come suo supplente. Riprendendo il metro ermeneutico di Koyré e componendolo con il corpo delle precedenti riflessioni, Kojève, tra il '33 e il '39, legge e commenta riga per riga l'intera *Fenomenologia dello*

(11) Ne aveva sposato il fratello. Pare che Alexandre Koyré, alla moglie che gli chiedeva spiegazioni sull'intera vicenda, abbia risposto « il [Kojève] est beaucoup, beaucoup mieux que mon frère »: AUFFRET, *Alexandre Kojève*, cit., p. 211. Cécile si sarebbe in seguito separata da Kojève per sposare uno degli architetti del Führer, e sarebbe morta suicida a Berlino per sfuggire alle leggi razziali.

(12) Il pensiero 'apocalittico' di Soloviev influenzò le riflessioni di Kojève sul tempo e sulla fine della storia: « i temi apocalittici della storia cristiana, e in particolare di quella paolina, erano tutt'altro che estranei alla formazione kojèvia, ed anzi ne costituiscono il presupposto remoto, convertito e rimosso [...]. I primi studi del russo furono infatti dedicati al pensiero storico religioso di Solovev, in cui l'elemento apocalittico è costantemente presente nelle vesti dell'Anticristo e del suo Avvento » (M. VEGETTI, *Hegel e i confini dell'Occidente. La Fenomenologia nelle interpretazioni di Heidegger, Marcuse, Löwith, Kojève, Schmitt*, Napoli, Bibliopolis, 2005, p. 311). Non è un caso, sostiene ancora Vegetti, se Kojève « riconosce nella figura hegeliana di Napoleone (come crittografia di Stalin) l'Anticristo, colui che conduce la storia a termine, allo Stato mondiale, all'azzeramento della differenza tra *civitas terrena* e *civitas dei*, soggetto e oggetto, storia e natura, nazionale e internazionale » (Ivi, p. 312). Si veda, sul tema del tempo e della fine della storia, *infra*, pp. 384, 397 n. 94.

spirito »⁽¹³⁾. Il seminario, svoltosi all'École di lunedì, alle 17,30, in una piccola sala, ebbe un uditorio eccezionale: vi parteciparono Raymond Queneau⁽¹⁴⁾, Georges Bataille, Jean Hyppolite, Jacques Lacan, Maurice Merleau-Ponty, Robert Marjolin, Pierre Klosowski, Roger Callois, talvolta André Breton; non frequentarono il corso — nonostante la leggenda li voglia presenti — né Nina Ivanoff⁽¹⁵⁾ né Jean-Paul Sartre.

Lo Hegel cui per mezzo secolo la cultura francese ha avuto accesso è stato quello di Kojève⁽¹⁶⁾, eppure si trattava di uno Hegel 'piegato' alle esigenze del suo interprete russo, il quale intese operare una sua *mise à jour*; le reazioni all'operazione ermeneutica kojèviana sono state, nel corso degli anni successivi al seminario parigino, numerose. Taluni hanno parlato dell'*Introduction* come di uno strumento per esprimere le opinioni personali di Kojève sotto lo 'pseudonimo' di Hegel; altri hanno altrettanto risolutamente affermato che le pagine di Kojève pressoché nulla hanno a che fare con Hegel e con la *Fenomenologia*; mentre Derrida si è chiesto retoricamente chi avrebbe contestato l'interpretazione kojèviana, così determinante per la cultura francese del Novecento⁽¹⁷⁾.

La risposta ai rilievi critici circa la correttezza filologica di Kojève viene dallo stesso filosofo russo, che in una lettera a Tran-Duc-Thao datata 7 ottobre 1948 ebbe ad affermare che « il mio la-

⁽¹³⁾ M. VEGETTI, *La fine della storia. Saggio sul pensiero di Alexandre Kojève*, Milano, Jaca Book, 1999, pp. 24-25.

⁽¹⁴⁾ Queneau avrebbe in seguito raccolto le lezioni di Kojève e curato la loro pubblicazione presso l'editore Gallimard nel 1947 (A. KOJÈVE, *Introduction à la lecture di Hegel. Leçons sur la « Phénoménologie de l'Esprit » professées de 1933 à 1939 à l'École des Hautes Études réunies et publiées par Raymond Queneau*, Paris, Gallimard, 1947; trad. it., *Introduzione alla lettura di Hegel. Lezioni sulla « Fenomenologia dello Spirito » tenute dal 1933 al 1939 all'École Pratique des Hautes Études raccolte e pubblicate da Raymond Queneau*, Milano, Adelphi, 1996). Nel 1968 apparve una seconda edizione, con una celebre *nota aggiunta* sul Giappone e la fine della storia.

⁽¹⁵⁾ Conosciuta nel '34, chimico presso la Sorbonne, diventerà la compagna di Kojève fino alla morte di questi, avvenuta nel 1968.

⁽¹⁶⁾ All'epoca del seminario di Kojève, peraltro, la traduzione francese della *Phänomenologie des Geistes* di Hyppolite non era ancora disponibile.

⁽¹⁷⁾ Per queste e altre tesi sulla correttezza filologica dell'interpretazione kojèviana, si veda quanto riportato in Vegetti, *La fine*, cit., pp. 28 ss.

voro non aveva il carattere di uno studio storico; mi interessava relativamente poco sapere ciò che Hegel stesso abbia voluto dire nel suo libro [...]. D'altronde il mio corso era essenzialmente *un'opera di propaganda* destinata a colpire gli animi » (18), ovvero un tentativo di giustificazione discorsiva degli eventi russi del '17. Dichiarata apertamente l'«indifferenza» (19) verso la lettera hegeliana, Kojève poteva riconoscere anche l'inesistenza, nella *Phänomenologie*, del tema del «desiderio del desiderio», mediante il quale egli interpretò la dialettica Servo-Padrone e la questione dell'*Anerkennung* (20).

Tornando alla biografia di Kojève, dopo aver partecipato attivamente alla resistenza francese, nel '45 venne cooptato come *chargé de mission* dal suo ex allievo Marjolin — nel frattempo divenuto alto funzionario del governo francese — alla DREE (Direction des Relations Économiques Extérieures) per svolgere un compito alquanto «straussiano»: diventare il filosofo che mette il suo sapere a disposizione del «tiranno» (21). In questa veste, egli partecipò ai negoziati per la creazione del GATT tenutisi all'Avana ed ebbe un ruolo di primo piano nella costruzione della CEE. Per questo suo ruolo Allan Bloom, che rivendicava orgogliosamente la propria discendenza teorica da Kojève, lo definì — dopo averlo incontrato per la prima volta in un viaggio che lo portò da Chicago a Parigi assieme a Leo Strauss — un «burocrate-re».

Orbene, nello svolgere questo compito il 27 agosto del 1945 Kojève licenziò un suo scritto a uso «interno» intitolato *Esquisse d'une doctrine de la politique française*. Questo testo (in tutto una

(18) Lettera citata: *ivi*, p. 33 (corsivo mio).

(19) Ma Kojève era uomo assai ironico, votato a *épater les bourgeois*.

(20) L'ambiguità della posizione di Kojève emerge in questo passaggio: nella corrispondenza con Carl Schmitt, si discute a un certo punto di *Amleto o Ecuba*. Kojève afferma essere Amleto la tragedia dell'intellettuale (il riferimento è a Kojève, *Introduzione*, cit., p. 316), e aggiunge «io credo che lo stesso Hegel non abbia visto «la tragedia degli intellettuali». Malgrado ciò, credo che la mia interpretazione sia «ortodossa»: A. KOJÈVE, C. SCHMITT, *Carteggio*, a cura di C. Altini, in «Filosofia Politica», XVII, 2003, 2, p. 202.

(21) Per una discussione delle tesi di Strauss sul *Gerone* di Senofonte da parte di Kojève, e più in generale sul rapporto tra «il filosofo» e «il tiranno» in Kojève, cfr. ID., *Tirannide e saggezza*, in ID., *Il silenzio*, cit.

sessantina di pagine dattiloscritte, con qualche correzione a mano) è rimasto a lungo inedito, fino a che, nel 1990, la rivista diretta da Bernard-Henri Lévy (« La Règle du Jeu ») non ne ha pubblicato una versione dimidiata (22), recentemente tradotta e pubblicata da Adelphi nel libro *Il silenzio della tirannide* (23).

Per Kojève « Nel mondo del dopoguerra due pericoli minacciano la Francia. Uno è più o meno immediato; l'altro è più remoto ma incomparabilmente più grave » (24). Secondo Kojève il pericolo imminente è quello tedesco, ovvero il ruolo economico (« quindi politico » (25)) della Germania nel dopoguerra. Il potenziale economico tedesco è tale che, sostiene Kojève, « l'inevitabile integrazione di questo paese [...] all'interno del sistema europeo comporterà fatalmente la riduzione della Francia al rango di potenza secondaria all'interno dell'Europa continentale; salvo che essa reagisca in maniera energica quanto ragionata » (26). La minaccia più lontana, meno certa ma molto più grave quanto ai suoi eventuali effetti, è data dal pericolo « che corre la Francia di essere trascinata in una terza guerra mondiale e di venire nuovamente usata come campo di battaglia aerea o di altro genere » (27), il che la renderebbe incapace di riparare ai danni sul piano demografico, economico « e della stessa civiltà » (28).

Dunque per Kojève i compiti del governo francese sono essen-

(22) A. KOJÈVE, *L'empire latin*, in « La Règle du Jeu », I, 1990, 1. Dominique-Antoine Grisoni, in uno dei saggi che presentano l'*Esquisse* ai lettori della rivista, tentando una risposta al perché il saggio kojéviano sia rimasto così a lungo inedito, afferma che « nul ne semble savoir à qui ou à quoi ce texte était destiné [...] Nina Ivanoff et Denyse Harari [quest'ultima amica dei Kojève e depositaria del saggio] ont beaucoup hésité avant de nous accorder l'autorisation de publication, inquiètes de voir circuler un 'posthume' dont elles n'étaient pas assurées qu'il avait été 'fait pour ça' »: D.-A. GRISONI, *Kojève, aujourd'hui*, in « La Règle du Jeu », I, 1990, 1, p. 86.

(23) A. KOJÈVE, *L'impero latino. Progetto di una dottrina della politica francese* (27 agosto 1945), in ID., *Il silenzio*, cit. Le parti edite verranno citate dall'edizione italiana; per quelle inedite, si farà riferimento al dattiloscritto francese (indicato come A. Kojève, *Esquisse d'une doctrine de la politique française*).

(24) KOJÈVE, *L'impero*, cit., p. 163.

(25) *Ibid.*

(26) *Ibid.*

(27) *Ibid.*

(28) KOJÈVE, *L'impero*, cit., p. 164.

zialmente due: assicurarsi la neutralità in caso di una guerra che opponga i sovietici agli anglo-sassoni; mantenere la Francia — « durante la pace e *contro la Germania* »⁽²⁹⁾ — in una posizione economico-politica preminente sul resto del continente europeo non sovietizzato. E l'*Esquisse* è funzionale alla realizzazione di tali compiti.

Kojève sostiene in questo scritto che nel Novecento la storia ha tracciato un altro solco: così come il Medioevo era finito nel momento in cui la comparsa delle armi da fuoco (in particolar modo l'artiglieria) aveva richiesto che la potenza tecnica ed economica degli Stati-nazione si sostituisse a quella dei signori feudali per poter affrontare le nuove guerre, allo stesso modo, nell'età contemporanea, gli stessi Stati-nazione non sono più in grado di mettere in piedi strutture militari efficienti (blindate, motorizzate e capaci di solcare lo spazio aereo) se non entro un quadro politico 'imperiale'. Secondo Kojève « Gli Stati-nazione, ancora onnipotenti nell'Ottocento, cessano di essere realtà *politiche* [...]. Lo Stato moderno [...] esige basi più larghe di quelle rappresentate dalle nazioni [...]. Per essere *politicamente* efficace lo Stato moderno deve poggiare su una « vasta unione 'imperiale' di nazioni imparentate »⁽³⁰⁾. Dunque è presente in Kojève l'idea del deperimento dello Stato-nazione e del concetto classico di sovranità statale: « Lo Stato moderno è realmente uno Stato solo se è un impero »⁽³¹⁾ e presto o tardi « questi imperi assorbiranno gli Stati-nazione »⁽³²⁾.

La crisi della sovranità statale su base nazionale è dimostrata, secondo Kojève, dal fallimento del progetto politico del Terzo Reich hitleriano, la cui causa è stata « il carattere eminentemente e

(29) *Ibid.* (corsivo mio).

(30) KOJÈVE, *L'impero*, cit., pp. 164-165. *Appartentées* viene reso nella traduzione italiana con 'imparentate', mentre forse sarebbe stato più consono renderlo con 'simili', 'affini'. Inoltre, le virgolette che racchiudono la locuzione « vasta unione 'imperiale' di nazioni imparentate » danno l'idea di una citazione priva del suo riferimento bibliografico: tuttavia, tali virgolette compaiono nell'edizione francese (cfr. Kojève, *L'empire*, cit., p. 91) e nell'italiana che a quella si rifà, ma non nel dattiloscritto originale (cfr. Kojève, *Esquisse*, cit., p. 2).

(31) KOJÈVE, *L'impero*, cit., p. 165.

(32) *Ivi*, p. 166.

coscientemente *nazionale* dello Stato tedesco »⁽³³⁾, costretto — per sostenere la guerra moderna — « *a importare più di dieci milioni di lavoratori dall'estero. Ma uno Stato-nazione non può integrare degli stranieri, e deve quindi trattarli politicamente da schiavi* »⁽³⁴⁾.

Il progetto hitleriano non era altro, secondo Kojève, che un accentramento nazionale *à la française*: « È infatti evidente che lo slogan hitleriano “Ein Reich, ein Volk, ein Führer” non è che una — peraltro pessima — traduzione in tedesco della parola d'ordine della rivoluzione francese: “La République une et indivisible” »⁽³⁵⁾. Hitler dunque come un Robespierre in ritardo di 150 anni: « *un Robespierre tedesco, cioè anacronistico* »⁽³⁶⁾.

È vicino così, secondo Kojève, « *l'ultimo atto della grande tragedia interpretata negli ultimi cinque secoli dagli Stati nazionali* »⁽³⁷⁾, ovvero il deperimento dello Stato-nazione e il suo assorbimento negli imperi.

Ma più oltre Kojève, criticando le prospettive socialista e liberale, va anche oltre gli imperi, preconizzando la nascita del governo mondiale, ovvero dell'umanità *politica*. Le prospettive socialista e liberale, infatti, auspicando ora il passaggio dallo Stato all'Umanità, ora la riduzione dello Stato a mera entità amministrativa, non hanno compreso che « non è possibile saltare dalla nazione all'uma-

⁽³³⁾ Ivi, p. 167. Si noti che la lettura del Reich come ‘impero’ su base nazionale è presente in Carl Schmitt, laddove egli afferma che « Reich, Imperium, Empire non sono la stessa cosa [...]. Il nostro Reich tedesco è essenzialmente nazionalistico e costituisce un ordinamento giuridico essenzialmente non universalistico » (C. SCHMITT, *Völkerrechtliche Grossraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsgriff im Völkerrecht*, Berlin, Deutscher Rechtsverlag, 1941; trad. it., *Il concetto di impero nel diritto internazionale*, in ID., *Il concetto di impero nel diritto internazionale*, Roma, Settimo Sigillo, 1996, p. 46).

⁽³⁴⁾ KOJÈVE, *L'impero*, cit., p. 167 (il corsivo è presente solo nelle edizioni francese e italiana, e non nel dattiloscritto originale).

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 166.

⁽³⁶⁾ *Ibid.* Anche qui, il corsivo è presente solo nelle edizioni francese e italiana, ma non nel dattiloscritto originale.

⁽³⁷⁾ KOJÈVE, *L'impero*, cit., p. 168. Ancora una volta, il corsivo non è presente nel dattiloscritto, se non per la parola « *nationaux* ». Evidentemente, è opera del curatore dell'edizione francese dare enfasi a tali passaggi, e tale intenzione è stata ripresa pedissequamente dal curatore italiano.

nità senza passare per l'impero »⁽³⁸⁾ (ovvero per una realtà politica ad esse intermedia) e che « Prima di incarnarsi nell'Umanità, il *Weltgeist* hegeliano, che ha abbandonato le nazioni, risiede negli imperi »⁽³⁹⁾. Dunque l'avventura dello Stato-nazione è terminata, e attardarsi su un'idea nazionalistica di sovranità è una strategia fallimentare: « Questo è il momento degli *imperi*, cioè di unità politiche *transnazionali*, ma formate da nazioni *apparentate* »⁽⁴⁰⁾.

Gli Stati Uniti, la Gran Bretagna e l'Unione Sovietica, secondo Kojève, hanno intuito tale cambiamento (anche grazie al 'genio politico' di Stalin e Churchill) creando gli imperi russo-slavo e anglosassone, ovvero forme politiche intermedie tra la concezione vestfaliana e il cosmopolitismo.

Stalin, opponendosi a Trockij, ha reso possibile la nascita di un 'imperial-socialismo' che si contrappone al velleitario internazionalismo umanitario di questi e che « non sa cosa farsene dell'internazionalismo « classico », riconducibile alla Seconda, alla Terza o ad altre Internazionali »⁽⁴¹⁾.

La Francia, per evitare il rischio di essere assorbita da uno di questi due imperi, deve necessariamente porsi alla testa di un progetto analogo: la creazione dell'impero 'latino'. Il tramonto dello Stato-nazione impone non solo alla Francia la scelta di costituire l'impero latino, ma anche alla Germania post-bellica di scegliere a quale impero affiliarsi. E Kojève si dice sicuro dell'adesione della Germania all'impero anglosassone per ragioni culturali e religiose (il protestantesimo).

Kojève definisce l'affinità tra le nazioni come un 'fattore politico primordiale', che niente ha a che fare con idee razziali, riguardando invece la lingua, la mentalità, la religione. Le nazioni latine 'apparentate' (Francia, Spagna e Italia), sono accomunate nell'*art des loisirs*, nel 'dolce far niente' che promana però da un precedente lavoro produttivo e fecondo, elemento centrale della mentalità latino-mediterranea: « la sua [dell'impero latino] più autentica

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 170.

⁽³⁹⁾ *Ibid.*

⁽⁴⁰⁾ KOJÈVE, *L'impero*, cit., p. 182.

⁽⁴¹⁾ Ivi, p. 170.

specificità sembrerebbe risiedere in quell'arte del tempo libero che è l'origine dell'arte in generale, nell'attitudine a creare quella "*douceur de vivre*" che nulla ha a che vedere con l'agiatezza materiale, in quello stesso "dolce far niente" [in italiano nel dattiloscritto] » (42). Peraltro, secondo Kojève, è il trionfo del tempo libero, del gioco e dell'arte una delle stimmate della fine della storia, dell'ultimo uomo: « la fine del Tempo umano o della Storia [...] significa molto semplicemente la cessazione dell'Azione nel senso forte del termine [...]: la scomparsa delle guerre e delle rivoluzioni cruento [...]. Tutto il resto può mantenersi indefinitamente: l'arte, l'amore, il gioco ecc. » (43). Lo svago (la dimensione del gioco preconizzata nell'*Ideologia tedesca* da Marx, ma anche l'*Unterhaltung* e lo *Spiel* di Schmitt: evidentemente con prospettive diverse) segna altresì la fine del politico, e il suo confluire nella 'piccola politica' o 'gioco di corte': nel tempo post-storico sarà impossibile scrivere una tragedia (44).

È nell'impero latino che Kojève rintraccia dunque l'accelerazione verso la fine della storia. Certo egli la vedrà anche — nella celebre *Aggiunta* del '68 all'*Introduction* — nel Giappone dello snobismo allo stato puro e nell'*american way of life*, una sorta di comunismo realizzato. Come ebbe a scrivere Saul Bellow, « In Unione Sovietica gli obiettivi della rivoluzione leninista non si sono mai materializzati, però essi sono tutt'intorno a noi nell'America borghese, dice il filosofo Kojève » (45).

Tornando alla fase intermedia tra la fine dello Stato-nazione e la fine della storia, ovvero alla fase degli imperi, secondo Kojève la parentela tra le nazioni latine deve concretizzarsi nell'impero come

(42) KOJÈVE, *L'impero*, cit., p. 183.

(43) KOJÈVE, *Introduzione*, cit., p. 541, nota 1. Si veda, subito a seguire la nota 1 citata, la celebre *Aggiunta* all'edizione del '68.

(44) Per questi temi, e per il rapporto Kojève-Schmitt sul gioco, cfr. VEGETTI, *Hegel*, cit., pp. 325 ss. Sul rapporto tra Kojève e il suo allievo Bataille sul tema del gioco e dell'inoperosità, si veda G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 2005, p. 71.

(45) S. BELLOW, *It All Adds Up. From the Dim Past to the Uncertain Future*, New York, Viking, 1994; trad. it., *I conti tornano. Da un passato oscuro a un futuro incerto*, Milano, Mondadori, 1995, pp. 122-123.

unione economica e doganale, ma soprattutto come unione politica tutta tesa a esprimere un principio direttivo unico in politica estera: « L'impero può quindi esistere solo a condizione di stabilire un principio direttivo unico di politica estera accettato da tutti i membri » (46). Tutto questo dunque non ha nulla a che fare con un arido economicismo: il progetto dell'impero latino è tutto politico, e le sue parole d'ordine sono 'autonomia' e 'indipendenza' politica rispetto agli imperi concorrenti (47). Tale autonomia deve necessariamente essere 'armata': l'Impero latino necessita di un esercito unico. Ma Kojève — realisticamente consapevole del dislivello economico e militare tra l'Europa e gli Usa — non si fa sedurre da ideologie belliciste: l'esercito unico ha il solo scopo deterrente di assicurare all'Europa occidentale la pace e la stabilità in un quadro di autonomia politica e di neutralità militare rispetto agli altri imperi. L'impero latino sarebbe troppo debole per attaccare, ma « sufficientemente forte per imporre la sua neutralità e salvare in questo modo dalla rovina le coste del Mediterraneo e l'Occidente intero » (48).

Come si intuisce da quest'ultima affermazione, al centro del tema dell'impero latino è il Mediterraneo. L'impero latino è un impero 'meridiano', che si proietta sul 'mare tra le terre' — sebbene si tratti, come si vedrà più oltre, di una proiezione colonialista: « l'idea di un Mediterraneo *mare nostrum* potrebbe e dovrebbe essere il fine concreto principale, se non unico, della politica estera dei latini unificati » (49). È dunque compito dell'impero assicurare le comunicazioni tra le metropoli 'latine' e le città della sponda africana, riservandosi l'agibilità esclusiva del Mediterraneo. Tale soluzione, che secondo Kojève potrebbe restituire all'idea romana del Mediterraneo la sua credibilità, risulterebbe utile alla soluzione di quello che il filosofo russo definisce il 'problema musulmano': « Dal tempo delle crociate, infatti, l'islam arabo e il cattolicesimo latino sono uniti in un'opposizione da molti punti di vista sintetica

(46) KOJÈVE, *L'impero*, cit., p. 192, (corsivo mio).

(47) « Non bisogna dimenticare che l'unità latina è già in una certa misura attuata o realizzata all'interno e grazie all'unità della Chiesa cattolica »: Ivi, p. 184.

(48) Ivi, pp. 195-196.

(49) KOJÈVE, *L'impero*, cit. p. 195.

(influenza del pensiero arabo sulla Scolastica, penetrazione dell'arte islamica nei paesi latini, ecc.). E nulla impedisce che nel seno di un vero *impero* questa sintesi di opposti possa essere liberata dalle sue contraddizioni interne, irriducibili solo finché concernono interessi puramente *nazionali* » ⁽⁵⁰⁾.

La parte IV dell'*Esquisse*, intitolata *Mezzi di realizzazione*, consta, nel dattiloscritto originario, di quattro paragrafi. L'edizione francese e quella italiana risultano prive dei paragrafi 1 e 3 di tale parte.

In generale, si può affermare che si tratta della parte più 'realistica' e immediatamente 'politica' dello scritto di Kojève.

Il paragrafo I, ad esempio, si occupa di tracciare le linee della politica estera dell'impero latino a fronte, da un lato, dell'eventuale opposizione alla sua costituzione da parte delle nazioni dell'«impero anglo-sassone», dall'altro, della reazione sovietica. In effetti, « *Appelé à agir à l'extérieur*, l'Empire latin ne peut se constituer qu'en surmontant d'une part des résistances venant du dehors et en y cherchant d'autre part des appuis » ⁽⁵¹⁾. Senza contare che la Francia, alla guida dell'impero, dovrà fare i conti con la Spagna e l'Italia, partner 'latini'.

Per Kojève è del tutto naturale che l'idea dell'impero latino sia destinata a incontrare l'opposizione dell'Inghilterra. Occorre dunque far valere argomenti che orientino gli inglesi in senso favorevole all'impero latino. Kojève ritiene che uno su tutti sia efficace in massimo grado: « le fait que l'existence d'un Empire latin suffisamment puissant supprime la nécessité de réarmer l'Allemagne et donc de rétablir sa prospérité économique, toujours dangereuse pour l'économie britannique » ⁽⁵²⁾. Ma non occorre illudersi che la prospettiva di un indebolimento della Germania faccia superare agli inglesi l'avversità nei confronti dell'unificazione dell'Europa meridionale: « les inconvénients que présentera l'Empire latin compensent large-

⁽⁵⁰⁾ Ivi, p. 188 (il primo corsivo è mio).

⁽⁵¹⁾ KOJÈVE, *Esquisse*, cit., p. 34 (corsivo mio).

⁽⁵²⁾ *Ibid.*

ment aux yeux des Anglais les avantages d'une élimination définitive de la concurrence politique et économique allemande » (53).

Allora occorrerà lo strumento della propaganda « dans le milieu libéraux et surtout travaillistes, jouant sur les thèmes démocratiques (*droit des peuples de disposer d'eux-mêmes et essai d'une organisation démocratique inter-nationale*) et pacifistes (*neutralisation médiatrice de l'opposition entre Russes et Anglo-saxons*) » (54).

Per quanto riguarda il ruolo degli Stati Uniti, Kojève si dichiara certo che l'idea della costituzione di un 'blocco' europeo-meridionale non presenti per essi alcun pericolo reale (né economico, né politico, né militare), « Car tout se réduit, au fond, à la question de savoir si l'ensemble de l'Europe occidentale doit entrer dans l'orbite de l'influence économique et donc politique anglaise, ou si la sphère de cette influence doit être limitée par un Empire latin économiquement et politiquement indépendant » (55).

La creazione di un impero latino, continua Kojève, non farebbe altro che indebolire l'ascendente britannico sull'Europa continentale, con il conseguente indebolimento dell'Inghilterra all'interno del blocco anglo-americano.

Kojève propone poi accordi commerciali con gli Stati Uniti che permettano scambi più vantaggiosi tra i 'latini' e gli statunitensi che tra questi ultimi e i cugini inglesi.

Infine, per ciò che concerne il rapporto tra l'impero latino e gli statunitensi, Kojève afferma che la propaganda (« Les promoteurs de l'Empire latin ») (56) dovrebbe far leva sull'opinione pubblica statunitense mediante l'argomento — da essa « toujours préconisé » (57) — dell'unificazione doganale e della soppressione delle barriere economiche all'interno dell'Europa latina.

L'URSS, dal canto suo, « n'aurait rien à perdre et peut-être quelque chose à gagner par suite de la formation d'une union im-

(53) KOJÈVE, *Esquisse*, cit., p. 35.

(54) *Ibid.* (corsivi miei). Per inciso, Kojève afferma che « bien entendu, [l'Empire latin] devrait s'intituler tout au plus 'union', 'accord' ou 'entente': *Ibid.* (corsivo mio).

(55) KOJÈVE, *Esquisse*, cit., pp. 35-36.

(56) *Ivi*, p. 36.

(57) *Ibid.*

périale latine »⁽⁵⁸⁾, se quest'ultima si ponesse — come auspica Kojève — come zona neutra di compensazione delle tensioni tra gli altri due imperi, e se i sovietici accettassero di fornire ai latini « les matières premières et l'équipement industriel dont ils auront besoin »⁽⁵⁹⁾.

Quanto alle relazioni interne fra le tre nazioni 'apparentate', Kojève, affrontando il problema del rapporto franco-spagnolo, afferma risolutamente l'esigenza — ai fini della formazione dell'impero latino — « d'éliminer le Caudillo et son gouvernement [...]. Il s'agirait donc de remplacer Franco par un Gouvernement francophile »⁽⁶⁰⁾, dunque favorevole alla costituzione dell'impero latino a guida francese. Per farlo, Kojève ritiene insufficiente l'argomento antifascista. Occorre opporre a Franco l'idea stessa di un'Unione latina, « cette même idée que Franco a toujours préconisée et qu'il est actuellement en train de trahir au profit des Anglo-saxons et notamment de l'Angleterre »⁽⁶¹⁾.

Ma se la Spagna falangista rischia di ostacolare l'impero latino, alla stessa stregua sarebbe una Spagna eccessivamente orientata in senso anarchico-rivoluzionario. Occorrerebbe dunque, con l'accordo del Vaticano⁽⁶²⁾ e della chiesa spagnola, far leva — al momento della caduta del Caudillo — su « une base politique plus disciplinée et moins 'révolutionnaire' »⁽⁶³⁾.

Infine, Kojève dedica poche — e talvolta oscure — righe all'Italia come terzo componente dell'impero latino, mentre si occupa solo *en passant* della possibilità che il Portogallo possa presto o tardi farne parte.

Nel paragrafo 3, omissso come il paragrafo 1 nelle versioni pub-

⁽⁵⁸⁾ KOJÈVE, *Esquisse*, cit., p. 37.

⁽⁵⁹⁾ Ivi, pp. 37-38.

⁽⁶⁰⁾ Ivi, p. 38.

⁽⁶¹⁾ Ivi, p. 39.

⁽⁶²⁾ Che, nell'ottica dell'impero latino, dovrebbe essere opportunamente 'deitalianizzato': cfr. KOJÈVE, *L'impero*, cit., p. 206.

⁽⁶³⁾ KOJÈVE, *Esquisse*, cit., p. 39. Kojève sostiene che l'accordo con il Vaticano « n'est, certes, pas chose facile. Mais on ne peut pas affirmer a priori que l'idée d'un Empire latin ne séduira pas un jour les hommes politiques de la Curie romaine (*à condition, bien entendu que cet Empire consente à assurer les finances papale*) »: *ibid.* (corsivo mio).

blicate in Francia e Italia, Kojève affronta il tema della 'base' economica di una politica imperiale. In effetti, « Mêmes l'effort né d'une volonté politique concrète, réalisé par une élite et soutenu par l'ensemble de la population, ne peut aboutir qu'à condition d'avoir une base économique suffisante » (64). Orbene, secondo Kojève l'impero latino è sicuramente dotato di una tale base, eppure ciò non implica che l'impero possa costituire un'unità autarchica, poiché « l'autarcie n'est dans ce cas ni nécessaire, ni même désirable, étant donné que *le but suprême de la impériale est le maintien de la neutralité et de la paix, et non la préparation d'une guerre* » (65).

Tuttavia secondo Kojève esiste un problema energetico riguardante il carbone e gli oli combustibili, che necessita di essere risolto a discapito della Germania sconfitta: « on interdit à l'Allemagne de traiter des minerais de fer autres que ceux extraits de son propre sol [...] et on détruit tous les hauts-fourneaux, aciéries et laminoirs en excédent; tout le fer supplémentaire nécessaire [...] à l'Allemagne lui sera fourni par la France (ou par l'Empire) sous forme d'acier laminé; on oblige l'Allemagne à acquérir annuellement une quantité minimum fixe de cet acier (qui ne sera livré qu'après justification de l'emploi des livraisons précédentes), en livrant en échange une quantité fixe de charbon cokéifiable » (66); tutto ciò allo scopo di frustrare le eventuali velleità belliche germaniche mediante un sistema che indebolisca — e consenta all'impero latino di prevenire — la sue possibilità di costruire armi. Inoltre, « Si la solution acier-charbon est acceptée [...], il faudrait encore demander l'annexion de la Sarre, à condition qu'on permette à la France d'en expulser la population allemande. Cette annexion améliorera encore le bilan houiller de la France et de l'Empire latin » (67).

In questo modo, il problema energetico dell'impero latino verrebbe risolto attraverso la configurazione della Germania come

(64) Ivi, p. 49.

(65) *Ibid.* (corsivo mio).

(66) KOJÈVE, *Esquisse*, cit., pp. 50-51.

(67) Ivi, p. 52 (corsivi miei).

« mine charbonnière de l'Empire latin »⁽⁶⁸⁾, e della Francia come detentrica della forza economica rappresentata dall'industria pesante, « ce qui lui assurera le contrôle politique de l'ensemble de l'Empire »⁽⁶⁹⁾.

Altre misure volte a rafforzare il ruolo economico dell'impero latino dovrebbero consistere, sostiene Kojève, non tanto nelle nazionalizzazioni, quanto in un ruolo 'minimo' dello Stato, attento a 'stimolare' l'economia, più che a 'dirigerla'; nel divieto di investimenti all'estero; nella creazione di un blocco monetario imperiale che si contrapponga ai sistemi basati sul dollaro, sulla sterlina e sul rublo.

Ma il progetto di Kojève ha un lato oscuro: esso non fa alcun riferimento alla *Shoah*, alla tragedia di Hiroshima e Nagasaki (6 e 9 agosto del '45, pochi giorni prima della data che chiude il dattiloscritto di Kojève)⁽⁷⁰⁾, non si affranca dalla logica del dominio coloniale (anzi ne fa un punto di forza dell'impero), si iscrive entro una cornice che richiama — nella sua funzione anti-tedesca — la Società delle Nazioni. E tuttavia, nel suo progetto, Kojève anticipa uno dei temi più interessanti della riflessione attuale sul rapporto tra l'Europa e le potenze mondiali: il multipolarismo. Non solo: egli anticipa l'idea stessa di Europa per come oggi viene pensata.

È qui che la riflessione kojèviana si avvicina in qualche misura a quella sul ruolo attuale dell'Unione Europea: laddove i *neocons* americani parlano di 'momento unipolare'⁽⁷¹⁾, l'idea dell'Impero latino — con tutti i limiti indicati — va nella direzione di un multipolarismo che oggi trova nel neoregionalismo una delle migliori teorizzazioni.

⁽⁶⁸⁾ *Ibid.*

⁽⁶⁹⁾ KOJÈVE, *Esquisse*, cit., p. 53.

⁽⁷⁰⁾ « Il y a dans sa trame profonde de quoi faire grincer des dents. Je pense au pesant silence, quand il est question de l'Allemagne nazie, qui enrobe les camps d'extermination, dont, déjà en août 1945, nul n'ignorait plus l'existence. Je pense au silence fait sur l'explosion des premières bombes atomiques américaines »: GRISONI, *Kojève*, cit., p. 87.

⁽⁷¹⁾ J. LOBE, A. OLIVERI (a cura di), *I nuovi rivoluzionari. Il pensiero dei neoconservatori americani*, Milano, Feltrinelli, 2003, pp. 16 ss.

3. « *L'uomo rimane un figlio della Terra* »? Sinnvolle Feindschaft e unità del mondo.

La presente parte del saggio intende muoversi su due registri complementari: da un lato, il rapporto esplicito, documentato, conosciuto tra Alexandre Kojève e Carl Schmitt sui temi del *nomos* e dell'unità del mondo; dall'altro, il rapporto eventuale, indiretto, di ipotetica contaminazione ⁽⁷²⁾ tra le tesi di Kojève tracciate nell'*Esquisse* del '45 e le tesi del giurista di Plettenberg.

Il rapporto esplicito inizia, secondo quanto è dato di sapere, il 2 maggio del 1955, data in cui Kojève scrive a Schmitt per ringraziarlo di avergli inviato il saggio *Nehmen/Teilen/Weiden* sulla nozione a tre facce di *nomos*. I due provenivano da un'esperienza bellica vissuta su fronti diversi: Kojève impegnato nella resistenza e successivamente *grand commis* del governo francese, Schmitt arrestato nel '45 dai russi, incarcerato dagli americani e processato a Norimberga. Ma, come sostiene Matteo Vegetti, ciò che diede origine e sostanza al rapporto tra due personalità apparentemente così diverse fu il fatto che « la sentenza che promuove Kojève fra i vincitori e Schmitt tra i vinti della storia, nasconde ciò che, sul piano speculativo, in certa misura, segna una sconfitta per entrambi [...] le passioni rosse e nere di Kojève e di Schmitt si ritrovano coimplicate nel segno ineludibile di una perdita di senso che li accomuna nel compito di conferire una figura teorica adeguata al profilarsi della nuova situazione planetaria » ⁽⁷³⁾.

Dunque la relazione tra Kojève e Schmitt che qui ci interessa

⁽⁷²⁾ Secondo Vegetti, la conoscenza degli scritti di Kojève da parte di Schmitt risalirebbe 'almeno' al 1948; è tuttavia lo stesso Vegetti (cfr. VEGETTI, *Hegel*, cit., p. 319) a ritenere pensabile — seppur improbabile — che Schmitt conoscesse già dal '45 l'*Introduction* kojèviana (e che tale conoscenza avesse influenzato la 'redenzione' di Schmitt sull'interpretazione hegeliana del nemico: si veda *infra*, p. 15 nota 76). Nessuna notizia, invece, sullo scritto di Kojève sull'impero latino. Sempre sul terreno delle reciproche influenze, spiega ancora Vegetti che « non esistono documenti storici che comprovino, fino al 1942, data della pubblicazione delle *Linee per una fenomenologia del diritto*, la possibile influenza esercitata dal *Concetto di politico* sull'esegesi hegeliana di Kojève » (Ivi, p. 267 nota 25), sebbene sia possibile comunque rintracciare i segni dell'influenza di Schmitt in Francia in quegli anni.

⁽⁷³⁾ Vegetti, *Hegel*, cit., p. 293.

riguarda la lettura data dai due eminenti personaggi della cultura del secolo scorso della crisi del concetto di sovranità, del profilarsi cosmopolitico del governo mondiale e dell'unità del mondo, della riduzione del pluriverso vestfaliano e del suo deperimento nella fine della storia.

Sarebbe stucchevole attardarsi qui sulle nozioni schmittiane di *nomos* e *Grossraum*, le quali sono oggetto da tempo di ben più autorevole letteratura critica. Interessa qui instaurare un rapporto — e capire se ve ne fosse qualcuno — tra l'idea kojèviana di 'impero' e la nozione schmittiana di 'grande spazio'.

Potremmo procedere tracciando le convergenze e le divergenze tra le due nozioni.

Innanzitutto, si potrebbe sostenere che Schmitt e Kojève condividono la visione antropologica secondo la quale la lotta è momento antropogeno essenziale: è nel *polemos*, nella coppia opposizionale amico/nemico che si genera l'umano. Non solo l'uomo si genera nella lotta: anche il politico germoglia nelle medesime forme. Come scrive Vegetti, Kojève smaschera, attribuendo hobbesianamente alla lotta l'origine del politico, « l'autorappresentazione pattizia che la modernità assume quale mitologico fondamento dell'ordine sociale » (74), così come in Schmitt il criterio finale del politico « dipende dalla possibilità indefettibile che l'umanità sia attraversata da linee di inimicizia » (75).

Ma già le strade si interrompono: Schmitt tende a distorcere il momento hegeliano dell'alterità liberandolo di ogni possibile mediazione dialettica, in modo da costruire l'opposizione amico/nemico nella sua forma più radicale; laddove il russo esalta in Hegel la lotta per il riconoscimento, e la soggettivizzazione è un momento relazionale, dialettico (76). Dunque in divergente accor-

(74) Ivi, p. 269.

(75) Ivi, p. 280.

(76) Schmitt spedisce a Kojève *Ex captivitate salus* con un intento relativo proprio all'interpretazione di questo punto in Hegel: « Ma presentando a Kojève, nella lettera del 14 dicembre '55, l'enigma poetico di Theodor Däubler « *Der Feind ist unsere eigne Frage als Gestalt* », Schmitt intende in realtà introdurre il suo interlocutore al sofferto ravvedimento, e persino alla rivelazione, che nel periodo di carcerazione lo aveva condotto a rivedere il concetto di irriducibile allogenia dell'*hostis* [...] con lo scopo impli-

do⁽⁷⁷⁾ da premesse simili: per Schmitt l'inimicizia è irriducibile ed esclusiva (non v'è terzo), mentre per Kojève il diritto nasce laddove emerge il terzo, ovvero il diritto non solo non nasce dalla politica, ma non può che svilupparsi nella neutralizzazione della politica attraverso la fuoriuscita dalla logica binaria amico/nemico.

Venendo più specificamente al nostro tema, possiamo affermare che *Grossraumtheorie* e idea di imperi tra loro 'concorrenti' sono concetti analoghi. Alla base di entrambe le idee vi è la consapevolezza del deperimento della sovranità statale, ovvero del paradigma politico europeo degli ultimi cinque secoli⁽⁷⁸⁾. Ma mentre Schmitt evoca l'idea del grande spazio al fine di « contrastare il moto inerziale che dalla dissoluzione del diritto internazionale eurocentrico sembra condurre alla 'babele' dell'*uni*-ficazione della terra »⁽⁷⁹⁾, per Kojève⁽⁸⁰⁾ l'impero non è 'escatologicamente' am-

cito di esibire la trasfigurazione del nemico nel modo di esistere più prossimo a quello hegelianamente concepito dal russo»: ivi, p. 317.

(77) Per parafrasare Jacob Taubes. Peraltro il rapporto Taubes-Kojève-Schmitt è noto e documentato, almeno a partire dal 1967, anno in cui il teologo incontrò Kojève di ritorno da Pechino e diretto a Plettenberg, a incontrare l'unico con cui valesse la pena parlare in Germania! E dacché l'ebreo Taubes si era sempre rifiutato di incontrare Schmitt, la posizione di Kojève fece vacillare la sua ostinazione, a cui diede un'ulteriore spallata Hans Blumenberg: « Poi mi scrisse Hans Blumenberg: « Metta finalmente da parte questo » come lo definiva? « atteggiamento tribunalesco; non è proprio il caso: Lei, Kojève e Schmitt parlate della stessa cosa » (J. Taubes, *Die Politische Theologie des Paulus*, München, Wilhelm Fink Verlag, 1993; trad. it., *La teologia politica di San Paolo*, Milano, Adelphi, 1997, p. 183).

(78) Qui si può solo accennare al dialogo 'occulto' di Schmitt con un altro grande giurista del Novecento, Hans Kelsen, sul problema della sovranità. Sebbene il nome di Kelsen non compaia mai nel *Nomos der Erde*, è pur vero che l'idea 'tellurica' di Schmitt è costruita polemicamente anche contro il 'formalismo' giuridico kelseniano, e che l'idea del deperimento della sovranità è ciò che oppone diametralmente il giurista tedesco e il praghese: cfr. P.P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milano, Comunità, 1982, pp. 197 ss. Si veda inoltre N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

(79) VEGETTI, *Hegel*, cit., p. 313.

(80) È interessante notare, per inciso, che la questione dell'unità del mondo — il 'Gordische Knoten' — sottoposta a Kojève da Schmitt, in una delle sue componenti più rilevanti — il rapporto tra l'Occidente e l'Oriente — era stata risolta da Kojève nell'*Esquisse* relegando l'Asia a mero spazio di 'sfogo' delle pulsioni violente degli imperi, in analogia alla logica schmittiana dello *jus publicum* e del rapporto coi territori extra-

mantato della medesima funzione frenante. Come in parte si è già visto e come si vedrà più oltre, per Kojève l'impero non è il *kat'echon*, ma — al contrario — solo la forma intermedia tra Vestfalia e Cosmopolis.

Se il 'divergente accordo' segna un sentiero comune (che successivamente si biforca), tra Kojève e Schmitt esistono altresì distanze incolmabili.

Si diceva dell'occasione che propiziò la corrispondenza fra i due: Schmitt inviò a Kojève il saggio *Nehmen/Teilen/Weiden* chiedendo a quest'ultimo il suo parere sull'appropriazione, intesa schmittianamente come l'«atto sorgivo del possesso dal non possesso»⁽⁸¹⁾. Kojève rispose che «“in sé” non esiste più (certamente dopo Napoleone) “appropriazione” [*Nehmen*]»⁽⁸²⁾, poiché tutto è stato preso⁽⁸³⁾. Schmitt rispose che non era d'accordo, ma la risposta più articolata sarebbe arrivata qualche anno dopo, con la quinta delle *Cinque glosse al termine «nomos»*⁽⁸⁴⁾: «Bisogna [...] ricordare a Kojève che non può esservi nessun uomo capace di dare ciò che, in un modo o nell'altro, non abbia preso. Solo un Dio che crei il mondo dal nulla può dare senza prendere, e anch'egli solo nell'ambito del mondo da lui creato a partire da quel nulla»⁽⁸⁵⁾.

Ma il dialogo tra Kojève e Schmitt prende immediatamente un'altra, e più ampia, piega, cara a entrambi: il tema dell'unità del mondo e quello della fine della storia (dove tutto è stato preso) slittano al centro del carteggio e del dialogo a distanza.

Kojève si dice d'accordo con Schmitt per quanto riguarda 'il passato', ma lo Stato è ormai deperito, la fine della storia già intervenuta, l'unità del mondo in forte accelerazione.

europei: cfr. KOJÈVE, *L'impero*, cit., p. 175. Sulla 'questione asiatica' Löwith avrebbe scritto che l'Europa è un concetto che non ha la propria origine in se stesso, ma nella sua costitutiva opposizione all'Asia.

⁽⁸¹⁾ VEGETTI, *Hegel*, cit., p. 294.

⁽⁸²⁾ Si tratta della lettera datata 2/V/55: KOJÈVE, SCHMITT, *Carteggio*, cit., p. 186.

⁽⁸³⁾ Cfr. A. KOJÈVE, *Il colonialismo nella prospettiva europea*, in «Adelphiana», 20 aprile 2003, p. 12 (www.adelphiana.it).

⁽⁸⁴⁾ C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, Bologna, il Mulino, 1972, p. 312.

⁽⁸⁵⁾ *Ibid.*

Per Schmitt « che lo “Stato” sia alla fine, è vero; questo Dio mortale è morto, [...] non è più capace di guerra e di condanne a morte, quindi non è più creatore di storia »⁽⁸⁶⁾; e tuttavia Schmitt non può accettare la riduzione del pluriverso — ontologicamente fondato sull’inimicizia —, la fine della conflittualità tra enti nemici. Torna nel carteggio — Schmitt ne aveva trattato negli anni '30 in relazione al Reich germanico⁽⁸⁷⁾ — il tema del *Grossraum*: « io credo che, nel prossimo stadio, i *magni homines* — ora *majores homines* — dovranno confrontarsi sulla questione dei « grandi spazi » [...]. Sono convinto che, per quanto piccola essa possa essere diventata, la nostra Terra non costituisca ancora un'unità di pianificazione, e non mi pronuncio sulla possibilità che possa diventarlo »⁽⁸⁸⁾. All'idea kojèviana che la storia sia finita, che il politico sia deperito mediante un approdo alla *politesse*, allo snobismo allo stato puro, Schmitt — convinto che *le cercle n'est pas encore parcouru* — oppone la teoria dei grandi spazi, in realtà assai affine, come si è visto, al concetto kojèviano di 'impero'. Ma i due concetti portano a esiti contrapposti: i *magni homines* di Schmitt, lo Stato universale e omogeneo di Kojève.

Essi si contrappongono anche su di un piano più immediatamente 'realistico': il gaullismo kojèviano insiste sul ruolo della Francia di guida dell'impero latino; lo Schmitt degli anni Trenta assegna il medesimo ruolo alla Germania.

Ma per Kojève la Germania è costretta a scegliere a quale impero affiliarsi, ed egli si dice sicuro dell'adesione dei tedeschi all'impero anglo-sassone: *horribile dictu*, per Schmitt, per il quale non c'è possibilità di contaminazione tra la terra e il mare, tra le potenze telluriche e quelle oceaniche.

Anche su quest'ultimo tema, le prospettive sono divergenti,

⁽⁸⁶⁾ KOJÈVE, SCHMITT, *Carteggio*, cit., p. 193.

⁽⁸⁷⁾ Sul concetto di *Grossraum* e sul rapporto tra esso e la nozione di *Lebensraum* cfr. Carl SCHMITT, *Antworten in Nürnberg*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000; trad. it., *Risposte a Norimberga*, a cura di H. Quaritsch, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 141-149; per la ripresa del tema da parte di Schmitt negli anni '50, cfr. F. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 2004-2005, 33-34, p. 382-387.

⁽⁸⁸⁾ KOJÈVE, SCHMITT, *Carteggio*, cit., p. 193.

seppure non in una opposizione frontale. Per Schmitt, come si è detto, la coppia spaziale opposizionale è terra/mare; per Kojève, lo spazio politico rileva nei due poli del Nord e del Sud, ed è a quest'ultimo che egli, mediante l'idea di impero latino, conferisce un ruolo centrale nella fase intermedia dallo Stato all'umanità⁽⁸⁹⁾.

3.1. *Alcune considerazioni.*

Occorre premettere che questo saggio ha un invitato di pietra, di cui non si è dato conto: Ernst Jünger. Se l'accelerazione nichilistica jüngeriana verso lo Stato mondiale non trova certo punti di contatto con il pluriversalismo schmittiano, essa è vicina invece all'idea kojèviana della fine della storia e dello Stato mondiale e omogeneo, sebbene l'approdo comune si realizzi grazie a punti di partenza opposti: Spengler e Nietzsche per Jünger, l'hegelo-marxismo per Kojève⁽⁹⁰⁾. Come sostiene Vegetti, il punto di contatto fra i due pensatori è « documentato dall'interesse mostrato da Jünger per il pensiero del russo, alla conoscenza del quale fu proprio Schmitt a introdurlo, avendo intuito il luogo dove due tradizioni di pensiero configgenti potevano trovare una solidarietà segreta »⁽⁹¹⁾.

Schmitt, come si è accennato, fu un 'pluriversalista', e forse non era molto importante per lui sapere se si trattasse di un pluriverso di Stati (la forma giuridico-politica internazionalistica per eccellenza) o di *Grossräume*, concetto che non a caso non fu mai oggetto — da parte del giurista di Plettenberg — di un'analisi che ne chiarisse definitivamente il senso⁽⁹²⁾. Solo sei anni dopo l'*Esquisse*

⁽⁸⁹⁾ Sul tema del Mediterraneo (e, in generale, sull'idea di impero latino come prodromo delle Comunità europee) in Kojève, esiste una *Note* redatta dal Cabinet 13 del Ministre du Commerce Extérieur datata 10 ottobre 1977: « la vision d'ensemble adoptée par Alexandre Kojève le conduit à considérer l'organisation des relations économiques entre pays industrialisés et pays en voie de développement comme le problème majeur de notre temps ».

⁽⁹⁰⁾ Cfr. VEGETTI, *Hegel*, cit., pp. 297 ss.

⁽⁹¹⁾ Ivi, pp. 297-298.

⁽⁹²⁾ Sull'opacità del concetto di *Grossraum* Portinaro afferma: « Che cosa [...] effettivamente si nasconde sotto questa formula dei « grandi spazi » (o sotto formule

kojèviana, nel 1951, Schmitt propose un'idea di *Grossraum* europeo che potesse avvicinarsi a quella dell'impero latino, inteso come grande spazio che si frapponesse agli 'imperi' anglo-americano e sovietico. Certo l'idea di un grande Stato mondiale era quanto di più distante ci fosse dalla sua prospettiva ⁽⁹³⁾. La *reductio* della complessità dei soggetti politici e il loro confluire nell'indistinto dell'umanità lo 'spaventava' grandemente, era per Schmitt l'apocalisse ⁽⁹⁴⁾, la notte del mondo — avrebbe detto Heidegger —, l'oltrapolitico ⁽⁹⁵⁾.

Schmitt fu in grado di pensare alla crisi della sovranità in termini analitici, certo, poté vedere l'apparire della politica oceanica e aerea, aveva assistito con grande nostalgia allo sgretolarsi dello *jus publicum* e al tramonto che non tramonta, ovvero all'emergere di un 'nuovo Occidente' (gli Stati Uniti) che si sostituisse alla vecchia Europa ⁽⁹⁶⁾.

Kojève, da questo punto di vista, pur maneggiando certamente il 'materiale' schmittiano, fa fare a Schmitt un balzo in avanti — in termini non valutativi, ma analitici — proponendo una nozione —

analoghe), Schmitt non ha mai chiarito in modo soddisfacente » (PORTINARO, *La crisi*, cit., p. 200, corsivo mio). Si veda, inoltre, RUSCHI, *Leviathan*, cit., pp. 383-384.

⁽⁹³⁾ Cfr. ZOLO, *Usi contemporanei*, cit., pp. 193-194.

⁽⁹⁴⁾ Sul messianismo di Schmitt, giocato non tanto sul 'sempre' e sulla 'fine', sull'*eschaton*, quanto sul 'non ancora', sul 'tempo che resta', sull'annuncio dell'« accelerazione e la contrazione del tempo che capitola », ovvero sul tempo che inizia a finire, cfr. VEGETTI, *Hegel*, cit., pp. 309-310. Risulta evidentemente fondamentale, contro l'accelerazione verso la fine, il concetto paolino di *kat'echon*.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. SCHMITT, *Le categorie*, cit., pp. 138-139. « Wer Menschheit sagt, lügt », avrebbe detto Schmitt. Tale 'ermeneutica del sospetto' (come ha definito Habermas la posizione schmittiana sul concetto di umanità) distingue ulteriormente, secondo VEGETTI, Kojève da Schmitt: « la sua *eventualità* [dell'unità del mondo], che nel disegno di Kojève è una potenzialità *inscritta* fin nell'origine, e che pertanto le appartiene quale soluzione al problema del riconoscimento, è invece per Schmitt qualcosa che colpisce il politico dall'esterno, da un 'oltre' che gli inerisce soltanto come suo rovescio: l'« umanità », questa costruzione ideologica-polemica, scaturita dalla rivoluzione francese, di cui la cultura liberale si serve per monopolizzare la ragione e screditare l'avversario dal suo *status* di nemico, non può essere un concetto politico *finché il politico non è estinto* » (VEGETTI, *Hegel*, cit., pp. 281-282).

⁽⁹⁶⁾ Cfr. G. PRETEROSSO, *L'Occidente contro se stesso*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 27-31.

quella di impero latino — che può avvicinarsi al *Grossraum*, ma che prepara e anticipa lo Stato mondiale, la forma (im)politica che sancisce la fine della storia.

4. *Coté fascistant? Kojève negli Stati Uniti.*

La recente fortuna del pensiero neoconservatore statunitense ha dato nuova linfa a una questione controversa con riguardo alla ‘collocazione’ di Kojève in un punto del sistema assiale-lineare che rappresenta la politica: Kojève è un conservatore o un rivoluzionario?

Mentre in Europa la collocazione di Kojève è quasi senza alcun dubbio fra i neo-hegeliani di sinistra, negli Stati Uniti si discute di un eventuale *coté fascistant kojéviano*.

Le ragioni di una tale lettura sono da ricercare, innanzi tutto, nel fatto che Allan Bloom, amico e ‘allievo’ di Kojève (oltre che di Leo Strauss) fu uno dei maestri dei *neocons*: primo fra tutti, Paul Wolfowitz. Descrive in modo icastico la ‘scuola’ di Bloom Saul Bellow nel suo romanzo dedicato alla figura del suo amico, *Ravelstein* (Bloom, appunto): « Quando gli trillava il cellulare nella tasca dei calzoni, si appartava per scambiare qualche parola con qualcuno a Hong Kong o nelle Hawaii [...]. Quello che gli piaceva era che gli uomini che avevano frequentato i suoi corsi fossero eletti a cariche importanti: la vita reale confermava i suoi giudizi. Si allontanava col telefonino e poi ritornava tra noi per dirci: “Colin Powell e Baker hanno consigliato al presidente di non mandare le truppe fino a Baghdad. Bush lo annuncerà domani [...]” [...]. Sapevamo quasi tutti che la sua fonte principale era Philip Gorman [*alias* Paul Wolfowitz]. Il padre di Gorman, professore universitario, si era opposto fieramente ai seminari di Ravelstein ai quali suo figlio si era iscritto. Rispettabili insegnanti di teorie politiche avevano detto al vecchio Gorman che Ravelstein era un pazzoide, che seduceva e corrompeva gli studenti. “Il paterfamilias è stato messo in guardia contro lo scassafamilias” — diceva Ravelstein — [...] *il giovane Philip era uno dei ragazzi che Ravelstein aveva educato nell’arco di trent’anni. I suoi allievi erano diventati storici, insegnanti, giornali-*

sti, esperti, impiegati statali, pensatori. Ravelstein aveva prodotto (*indottrinato*) tre o quattro generazioni di laureati” » (97).

Bloom ‘importò’ dall’Europa il pensiero di Kojève sulla scorta di Leo Strauss: « Sotto l’ombrello della dottrina politica straussiana la recezione americana di Kojève si orienta decisamente a leggere in lui il paradigma del moderno pensiero politico reazionario, basato sulla difesa dei valori aristocratici dell’onore e della lotta contro l’omologazione perpetuata genealogicamente nella storia del cristianesimo, e votato a un pragmatismo etico che giunge a giustificare ogni sorta di totalitarismo » (98).

L’esegesi di Bloom intese ‘scoprire’ un Kojève nietzscheano, nichilista, che si contrapponesse al Kojève ‘ottimista’, marxista e perfino stalinista degli anni ’30: fonte ispiratrice di quest’operazione è la celebre nota *Aggiunta all’Introduzione*, laddove Kojève identifica la fine della storia con l’*American way of life*.

A questo stesso passaggio Francis Fukuyama, a sua volta allievo di Bloom, si affida nel suo saggio *La fine della storia e l’ultimo uomo*, al fine di rintracciarvi il sigillo del trionfo del liberalismo economico-politico ‘americano’ su scala globale: « Se è inutile insistere sulla pretestuosità di una simile ‘interpretazione’, è invece da rimarcare come, muovendo dalla ‘nota aggiunta’ e dal carteggio con Strauss, la tradizione americana opponga una concezione conservatrice della filosofia di Kojève alla consolidata ermeneutica europea, che vi legge, unilateralmente, i tratti tipici della sinistra hegeliana » (99).

Se dunque, seguendo gli esegeti più accorti, non è possibile parlare di una svolta ‘reazionaria’ o nichilista in Kojève, tuttavia di ‘svolta’ si può parlare per quanto riguarda la lettura kojèviana del rapporto ‘hobbesiano-schmittiano’ tra *auctoritas* e *potestas* tra gli

(97) S. BELLOW, *Ravelstein*, New York, Viking, 2000; trad. it., *Ravelstein*, Milano, Mondadori 2000, pp. 71-72 (corsivi miei).

(98) VEGETTI, *La fine*, cit., pp. 28-29. Sulle interpretazioni di Kojève, cfr. *ivi*, p. 29 nota 53.

(99) *Ivi*, p. 30. Per una critica all’interpretazione ‘destrorsa’ di Kojève nel pensiero di Bloom e — soprattutto — di Fukuyama, cfr. R. DATI, *Alexandre Kojève interprete di Hegel*, La città del sole, Napoli 1998, pp. 56 ss. e 146-147.

anni '30 e i '40. Come fa notare Vegetti ⁽¹⁰⁰⁾, Kojève nell'*Introduzione* asserisce che « È bene ciò che esiste e in quanto esiste. Ogni azione, essendo negatrice del dato esistente, è dunque cattiva: un peccato. Ma il peccato può essere perdonato. Come? Dal successo. Il successo assolve il crimine, perché il successo è una nuova realtà che *esiste* » ⁽¹⁰¹⁾. Dunque l'hegelismo di Kojève è fortemente connotato dall'esaltazione del momento 'decisionista', pragmatico, realista: la lotta, la morte, la glorificazione dello scontro privo di paura secondo alcuni interpreti (Poster, Roth) offrono il fianco alle critiche di *surfascisme*.

Non si può non notare dunque, ancora con Vegetti, che il pensiero di Kojève quanto meno partecipa dei due corni della logica binaria rivoluzionario/conservatore. È negli anni '40, con l'*Esquisse d'une phénoménologie du droit* ⁽¹⁰²⁾, che Kojève autonomizza, con un movimento anti-schmittiano, il giuridico dal politico ⁽¹⁰³⁾, scioglie l'*auctoritas* dalla *potestas*.

Dunque l'interpretazione di Kojève e del suo eventuale *coté fascisant*, seppur depurata dalle semplificazioni *à la* Fukuyama, continua a porre degli interrogativi a cui risulta molto difficile qui dare una risposta definitiva ⁽¹⁰⁴⁾.

Ritengo utile, per concludere, lasciare la parola all'unica biografia ufficiale di Kojève, Dominique Auffret, che su questo tema ha scritto: « Kojève a été [...] reconnu comme un homme de droite par certains (dont Olivier Wormser), et ses plus grands adversaires philosophes se sont trouvés dans les rangs de *La Nouvelle Critique*, revue intellectuelle du P.C.F. [...]. Lui, stalinien à l'époque du Séminaire, devient-il donc un homme de droite après la guerre? Sans

⁽¹⁰⁰⁾ VEGETTI, *Hegel*, cit., pp. 285 ss.

⁽¹⁰¹⁾ KOJÈVE, *Introduzione*, cit., p. 119.

⁽¹⁰²⁾ Paris, Gallimard, 1982; trad. it., *Linee di una fenomenologia del diritto*, Milano, Jaca Book, 1989.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. *supra*, p. 393.

⁽¹⁰⁴⁾ Su tale questione, rinvio — oltre che ai testi citati — alla *mailing list* internazionale dedicata dagli studiosi al pensiero di Kojève: <http://it.groups.yahoo.com/group/Kojeve>.

doute, puisqu'il le dit lui-même. Mais en ajoutant, ironique, "marxiste de droite" » ⁽¹⁰⁵⁾.

Questa battuta — la battuta di un uomo « provocatorio, petulante, sovversivo, pieno di paradossi fino al collo, grave e profondo, scaltro e ingenuo » ⁽¹⁰⁶⁾ — è il lascito problematico del maestro occulto del Novecento.

⁽¹⁰⁵⁾ AUFFRET, *Alexandre Kojève*, cit., p. 423.

⁽¹⁰⁶⁾ G. LAPOUGE, *Intervista a Alexandre Kojève*, in KOJÈVE, *Il silenzio*, cit., pp. 234-235.

VALERIO MAROTTA

CITTADINANZA IMPERIALE ROMANA E BRITANNICA:
LE RIFLESSIONI DI JAMES BRYCE (*)

1. Tra storia del diritto e scienza della politica. — 2. Cittadinanza romana e *Sacrum Imperium*. — 3. Il *Calvin's case* e la nozione continentale di cittadinanza. — 4. L'esperienza romana: *civitas* e vincolo personale di fedeltà all'imperatore. — 5. Differenzialismo inglese e universalismo romano.

1. *Tra storia del diritto e scienza della politica.*

James Bryce (1), influente uomo politico, amico e collaboratore di Gladstone (2), contribuì a elaborare temi cruciali della propaganda liberale tra gli anni settanta e gli anni novanta dell'Ottocento. Come diplomatico e ministro (3), nel primo ventennio del XX secolo, ebbe, in specie nel delicato incarico d'ambasciatore a Washington (1907-1913), un ruolo importante nella gestione dei rapporti angloamericani. Agli studiosi di diritto pubblico e di teoria costituzionale è nota la fondamentale distinzione, da lui compiutamente

(*) Ho discusso i contenuti di quest'articolo con l'amico Filippo Ruschi, che ringrazio per i preziosi consigli.

(1) 1838-1922 - Lord Bryce, visconte di Dechmont: bibl. in F. L. VIANO, *Una democrazia imperiale: l'America di James Bryce*, Firenze, Centro Editoriale Toscano, 2003: nato in Irlanda, ma d'origine scozzese e di confessione presbiteriana.

(2) Su questo rapporto vd. F.L. VIANO, *Una democrazia imperiale*, cit., pp. 79 ss. part.

(3) Ebbe un ruolo decisivo nella creazione dell'*Home-Rule* in Irlanda e nel Gabinetto liberale del Bannermann fu ministro segretario per l'Irlanda.

elaborata, tra costituzioni rigide e flessibili (4), ma la fama del Bryce è stata consacrata soprattutto da due opere: la storia del *Sacrum Imperium* medievale (*The Holy Roman Empire*) (5) e l'ampia descrizione della società e delle istituzioni americane (*The American Commonwealth*) (6). Come accademico e insegnante, Bryce s'interessò principalmente di diritto romano: tenne, infatti, per molti anni, dal 1871 al 1903, la cattedra (come *Regius Professor*) di *Civil Law* a Oxford.

Per il professore oxoniense, l'Inghilterra era la vera erede della missione civilizzatrice di Roma nel mondo moderno.

Ma agli Stati Uniti, oggetto prediletto dei suoi studi e della sua riflessione politica, doveva riconoscersi il merito d'aver ripreso il lascito più fecondo della tradizione romana, mediante un felice connubio tra democrazia e impero, suggellato da una definizione giuridica e politica della cittadinanza analoga a quella postseveriana e tardoantica. Un paradigma capace d'integrare — J. Bryce ha adoperato l'espressione *melting-pot* trentadue anni prima di Israel Zangwill (7) — in una sola nazione etnie e popoli molto diversi (8).

Dall'insieme degli scritti storiografici, politici e propagandistici di J. Bryce emerge il germe d'una teoria politica che guarda con occhi nuovi, rispetto a quelli di gran parte dei suoi contemporanei, ai rapporti tra stato, nazione e impero. Ma in questa sede, considereremo con speciale attenzione un saggio del Bryce più citato (9)

(4) Vd. la recente traduzione italiana *Costituzioni flessibili e rigide*, Milano, Giuffrè, 1998, a cura di A. Pace. Il saggio fu pubblicato negli *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1901.

(5) J. BRYCE, *The Holy Roman Empire*, Oxford, T. and G. Shrimpton, 1864, tr. it. *Il Sacro Romano Impero*, Napoli, Leonardo Villardi, 1866.

(6) J. BRYCE, *The American Commonwealth*, London — New York 1888, 1891, 1896, 1898, 1911; tr. it. *La Repubblica Americana*, Torino, UTET, 1913-16, ma si cita dall'edizione MacMillan, New York, 1910, in due volumi.

(7) Cfr. il suo famoso testo teatrale *The Melting-pot*, New York, MacMillan, 1909. Per anticipazioni presenti nel pensiero politico di A. Lincoln vd. M. L. SALVADORI, *L'Europa degli Americani. Dai Padri Fondatori a Roosevelt*, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. 256 ss.

(8) F. L. VIANO, *Una democrazia imperiale*, cit., pp. 15 ss.

(9) Così, per esempio, S. RODA, *Strategie imperiali*, in *Storia Romana e Storia Moderna. Fasi in prospettiva*, a cura di M. Pani, Bari, Edipuglia, 2005, p. 119 e ntt 6, 7 e 8.

che letto dagli studiosi di Roma e del suo diritto: *The Ancient Roman Empire and the British Empire in India* ⁽¹⁰⁾. Il suo esame ci darà modo di riflettere sulla *constitutio Antoniniana*, comparando all'esperienza romana quella britannica, e di formulare, infine, una domanda: perché — sebbene dalle vicende secolari del diritto inglese emerga una vera e propria nozione di cittadinanza imperiale — non si riscontra, per tutto il corso della storia dell'Impero britannico, alcun concreto tentativo di integrare le *élites* dei popoli sottomessi nel ceto di governo?

2. *Cittadinanza romana e Sacrum Imperium.*

Per J. Bryce, in un sistema giuridico flessibile e in un apparato amministrativo aperto ai provinciali, i romani raccolsero, all'interno d'una comunità multi-etnica, popolazioni con culture e religioni diverse ⁽¹¹⁾: dopo la costituzione di Caracalla, l'idea d'un impero comune e d'un dominio universale e giusto costituì il principale sostegno d'una grande organizzazione sovrastatale.

L'idea di un'unica nazione imperiale — il vero lascito dei romani alla civiltà occidentale — non solo sopravvisse alla fine materiale dell'impero, ma divenne ancor più universale, perché « per aver perduto il suo centro locale essa non sussisteva più storicamente, ma, a dir così, naturalmente, come parte d'un ordine di cose che non appariva capace d'essere turbato da un mutamento di condizioni esteriori » ⁽¹²⁾.

Nell'esperienza medievale, quest'idea, nonostante il crollo o il lento estinguersi degli apparati amministrativi romani, fu raccolta e coltivata dal Papato e dalla Chiesa Cattolica. Dopo la deposizione

⁽¹⁰⁾ Saggio tradotto in italiano: *L'Impero Romano e l'Impero Britannico in India*, in J. BRYCE, *Imperialismo romano e britannico*, Torino, Bocca, 1907, pp. 1-95. Il titolo di questo volume, che contiene quattro saggi tutti tratti dalla raccolta *Studies in History and Jurisprudence*, cit. (*supra* nt. 4), fu concordato, come attesta Giovanni Pacchioni nella sua prefazione, con lo stesso Bryce.

⁽¹¹⁾ J. BRYCE, *The Holy Roman Empire*, cit., p. 7; J. BRYCE, *L'Impero Romano e l'Impero Britannico*, cit., p. 49.

⁽¹²⁾ J. BRYCE, *The Holy Roman Empire*, cit., p. 8.

di Romolo Augustolo nel 476, l'Impero in Occidente non fu dissolto dalla decisione d'Odoacre d'inviare, con il consenso del senato, le insegne imperiali a Costantinopoli: attraverso la mediazione della Chiesa, che ne aveva serbato gli antichi ideali e la tradizione giuridica e amministrativa negli anni bui delle invasioni barbariche, la cultura universalistica di Roma giunse ai re teutonici, imperatori nella *Sancta Res publica*.

J. Bryce tentò di mostrare come gli imperi potessero essere nazioni senza essere stati, e come stato e nazione fossero entità indipendenti, a volte addirittura incompatibili, visto che l'identità nazionale degli imperi nasce dalla dissoluzione della cultura dello stato dominante nelle tradizioni periferiche, e non dalla sua imposizione⁽¹³⁾.

Dalla concreta esperienza storica romana emergeva che, « per integrare tradizioni e consuetudini diverse in un unico sentimento di nazionalità, occorreva rivolgersi non agli apparati statali, ma a quelli giuridici e burocratici, gli unici in grado di tenere assieme esigenze e pratiche diverse, adattandole al modo comune di pensare dell'umanità »⁽¹⁴⁾.

Per diventare nazioni, gli stati bryciani avrebbero dovuto dissolvere la propria cultura in un sistema di regole astratte e universali di convivenza, non permeandone tutto l'apparato istituzionale, mentre gli imperi erano nazioni proprio in virtù del proprio carattere sovrastatale. In questo quadro, dove le barriere tra stati sarebbero cadute e la nazionalità avrebbe potuto essere estesa all'infinito, J. Bryce, appellandosi al futuro, inseriva idealisticamente l'idea d'una federazione, che vegliasse sulla pace e la giustizia nel mondo⁽¹⁵⁾.

L'effettiva garanzia dei diritti civili, politici, economici, sociali, al di là dei rigidi steccati della cittadinanza negli Stati-nazione, oggi non può essere soddisfatta o perseguita richiamandosi ai principii giusnaturalistici e ai loro sviluppi illuministici e rousseauviani. In tal

⁽¹³⁾ Ivi, p. 85.

⁽¹⁴⁾ J. BRYCE, *The Law of Nature*, in *Studies in History and Jurisprudence*, cit., p. 131.

⁽¹⁵⁾ Sul punto F.L. VIANO, *Una democrazia imperiale*, cit., p. 42, con gli opportuni rinvii.

modo non si travalicherebbe il confine dell'appartenenza a una civiltà comune e, in fondo, dell'angusta idea di nazione coltivata nel corso del XIX secolo. Dovremmo percorrere — ha sottolineato Giuliano Crifò⁽¹⁶⁾ — tutt'altra direzione, giovandoci costantemente, come viatico, d'una nozione giuridica di cittadinanza molto più antica, quella definita, per integrare e unificare l'ecumene mediterranea, dopo l'instaurarsi del principato.

Sul piano storico quest'intuizione bryciana⁽¹⁷⁾ corrisponde solo in parte al vero. Nel movimento d'integrazione del mondo romano, ebbero un forte impatto anche altri fattori. La condivisione d'una comune cultura — che nel paesaggio urbano si manifestò attraverso uno stesso quadro monumentale —, un identico ritmo di vita, il gusto per gli stessi spettacoli e i medesimi piaceri, consolidarono una vasta solidarietà tra le *élites* del mondo romano. Così la città appare come il più solido cemento dell'Impero. Se possiamo trarre un insegnamento dalla sua storia, è sicuramente questo: la coesione d'un insieme così variegato riposa sul rispetto delle strutture locali responsabili della gestione della vita quotidiana, custodi della tradizione, ma, al medesimo tempo, principale sostegno di ciò che appare come l'essenza stessa della vita in una comunità. Nella lunga durata, se l'Impero si mantenne in vita, ciò non accadde perché « le popolazioni che lo componevano si sentissero economicamente solidali o decise a difendersi assieme contro una minaccia esterna ». Il successo secolare della compagine imperiale si deve ascrivere anche a una cultura e a un sistema di valori che apparvero alle *élites* meritevoli di essere tutelate contro i nemici esterni e interni. In definitiva fu l'adesione a una cultura, dapprima riservata ai soli quadri dirigenti e poi, nonostante opposizioni e conflitti, estesa sempre più in profondità nel tessuto della società, che garantì la coesione e la durevole stabilità dell'*Imperium Romanorum*⁽¹⁸⁾.

(16) G. CRIFÒ, « *Civis* ». *La cittadinanza tra antico e moderno*, Roma-Bari, Laterza, 2005, nuova edizione, con l'aggiunta di una Introduzione, pp. 67 ss. part., che non utilizza, tuttavia, gli scritti di J. Bryce.

(17) J. BRYCE, *L'Impero Romano e l'Impero Britannico*, cit., pp. 79 ss. era però consapevole del peso del fattore culturale nei processi d'integrazione imperiale.

(18) Così M. SARTRE, *L'Empire romain comme modèle*, in « *Commentaire* », 57, Printemps, 1992, pp. 28 ss.

3. *Il Calvin's case e la nozione continentale di cittadinanza.*

Il punto di partenza della moderna nozione inglese di cittadinanza imperiale va individuato nel *Calvin's case* — *Calvin v. Smith* (1608) — e nel dibattito che esso suscitò. In un classico della storiografia costituzionale del '900 — il suo studio sulla Rivoluzione americana ⁽¹⁹⁾ — Charles H. McIlwain se ne è occupato in pagine ancor oggi non prive d'interesse.

In Inghilterra il principio, in base al quale ogni suddito del Re gode di tutti i diritti civili, non è mai stato posto in dubbio dalla fine del XVII secolo, perché il rapporto del suddito col proprio sovrano, secondo i giuristi inglesi, era, nella sua natura (il vincolo di fedeltà) ⁽²⁰⁾, identico a quello del vassallo col proprio signore. Da ciò conseguì che, con la conquista e l'annessione di nuovi territori, i loro abitanti liberi, diventando sudditi di Sua Maestà, ottenevano tutti i diritti civili spettanti ai sudditi britannici di più lunga data, eccettuati quelli che presupponessero, per il loro esercizio, la residenza in Inghilterra, e, dopo il 1707 ⁽²¹⁾, nel Regno Unito. Contro la concezione moderna della fedeltà al sovrano, fondata sulla dottrina dei due corpi del re, quello fisico e quello politico ⁽²²⁾, reagirono, pronunciandosi sul cosiddetto *Calvin's case*, Edward Coke, Francis Bacon e Thomas Egerton Ellesmere. Quest'ultimo, proprio in tale occasione, scrisse: « ..., dove vi è un solo sovrano, tutti i suoi sudditi, nati in tutti i suoi domini, sono tenuti *ad fidem regis* e sono a lui obbligati da un dovere di devozione e di fedeltà; e in questo

⁽¹⁹⁾ C. H. McILWAIN, *La rivoluzione americana. Una interpretazione costituzionale*, tr. it. Bologna, Il Mulino, 1965, pp. 75 ss.

⁽²⁰⁾ Questo dato, con estrema chiarezza ma senza uno specifico riferimento al *Calvin's case*, è ricordato anche da J. BRYCE, *L'Impero Romano e l'Impero Britannico*, cit., p. 54.

⁽²¹⁾ Nacque, sotto la regina Anna, il Regno Unito di Gran Bretagna, che comprendeva l'Inghilterra, la Scozia e il Galles. L'Irlanda, ai fini dell'Atto di Navigazione, continuò a essere, a differenza della Scozia, un paese straniero. Solo nel 1800 il Parlamento irlandese approvò l'*Act of Union*, in base al quale venne sancita, dal 1° gennaio 1801, l'unione dell'Irlanda con la Gran Bretagna nel nuovo Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda.

⁽²²⁾ Sul tema è sufficiente rinviare a E. H. KANTOROWICZ, *I due corpi del Re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, tr. it. Torino, Einaudi, 1989.

nessuno è più grande o più piccolo di un altro, né uno deve essere preferito a un altro, ma tutti devono essere obbedienti allo stesso modo e devono essere governati nello stesso modo, sotto le medesime leggi e i medesimi costumi ... »⁽²³⁾.

Proprio per questo — è la conseguenza implicita del ragionamento di Th. Ellesmere — in seguito a nuove conquiste, gli abitanti liberi di questi territori ottennero tutti i diritti propri d'un suddito britannico, eccettuati quelli che avevano per loro presupposto la residenza nel Regno Unito: essi acquistarono insomma i diritti civili e anche l'eleggibilità passiva ai pubblici uffici (con certe restrizioni

⁽²³⁾ « ... for where there is but one sovereigne, all his subiects borne in all his dominions bee borne *ad fidem Regis*; and are bound to him by one bond of faith and allegiance: and in that, one is not greater nor lesser than an other: nor one to bee preferred before another, but all to bee obedient alike, and to be ruled alike; yet under severall lawes and customes ... ». Così Ellesmere in T. B. HOWELL (comp.), *A Complete Collection of State Trials*, 34 volumi (London 1816-1828) II (1603-1627), col. 684. Il testo di Ellesmere prosegue in tal modo: coll. 684-685 « And as Saint Gregorius sayeth of the church, 'in una fide nihil officit ecclesiae sanctae diversa consuetudo'. So I will conclude for this point, that diversitie of lawes and customes makes no breach of that unities of obedience, faith, and alleageance which all liege subiects owe to their liege king and souveraigne lord. And as none of them can be aliens to the king, so none of them can be aliens or strangers in any of his kingdoms or dominions; nor aliens or strangers one to another, no more than a Kentish-man to a Cheshire-man; or *e(t) contra*. — And therefore all, that have bin borne in any of the kings dominions since hee was king of England, are capable and inheritable in all his dominions without exception ». Sul tema la bibl. è molto ampia, anche e soprattutto perché le “rules of citizenship” elaborate nella decisione del *Calvin's Case* hanno costituito il principale fondamento della “common-law rule” americana sul diritto di cittadinanza per nascita, prima di essere incorporate nel quattordicesimo emendamento della costituzione federale: vd. J.H. KETTNER, *The Development of American Citizenship, 1608-1870*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1978, pp. 16 ss.; P.J. PRICE, *Natural Law and Birthright Citizenship in Calvin's Case (1608)*, in « Yale Journal of Law and the Humanities », 73, 1997, pp. 1 ss.. Molto importanti i reports di Coke: *Seventh Reports, Calvin's Case*, London 1826, vol. IV, che si possono leggere nel sito <http://www.uniset.ca/naty/maternity/77ER377.htm>. Sui rilievi di Ellesmere a Coke vd. L. KNAFA, *Law and Politics in Jacobean England: The Tracts of Lord Chancellor Ellesmere*, Cambridge, Cambridge University Press, 1977, pp. 297 ss. Sul pensiero costituzionale inglese del XVII secolo rinvio al classico di J.G.A. POCOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law. A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century: a reissue with retrospect*, Cambridge, Cambridge University Press, 2^a ed. 1987, *passim*, pp. 34 s. e p. 274 per alcuni, fugaci riferimenti al *Calvin's Case*.

d'indole religiosa che penalizzarono soprattutto i cattolici fino al XIX secolo), ma non il diritto di voto ⁽²⁴⁾. Così anche agli indiani liberi, sudditi della Corona, s'attribuirono i diritti civili spettanti a ogni suddito inglese ⁽²⁵⁾.

Benché in India non vi fosse alcun Governo rappresentativo, diversamente dall'Australia o dal Canada ⁽²⁶⁾, ogni suddito indiano era eleggibile a qualsiasi ufficio che dipendesse dalla Corona, per ogni territorio a essa soggetto e a qualsiasi posto o funzione alla quale egli fosse stato chiamato da un corpo elettorale. Poteva avvenire che egli fosse eletto deputato alla Camera dei Comuni da un collegio inglese (e, in effetti, al tempo di James Bryce, due indiani di religione Parsi (Zoroastriani) erano deputati di Londra alla Ca-

⁽²⁴⁾ La ribellione dei coloni americani si sviluppò a partire dalla protesta per la discriminazione negativa da essi subita, che li escludeva dal corpo legislativo. D'altra parte, come ha sottolineato C.H. McILWAIN, *La rivoluzione americana*, cit., pp. 86 ss., il principio secondo il quale la tassazione deve darsi solo con il consenso del tassato, attraverso i suoi rappresentanti al consiglio legislativo, era anche in Inghilterra, prima delle riforme del 1832, privo di vera consistenza, dal momento che città molto importanti, con centinaia di migliaia d'abitanti, inviavano ai Comuni pochi e a volte nessun rappresentante, mentre borghi spopolati eleggevano numerosi deputati.

⁽²⁵⁾ J. BRYCE, *L'Impero Romano e l'Impero Britannico*, cit., p. 55.

⁽²⁶⁾ Sul Canada e, più in generale, sulle Americhe vd. B. CLAVERO, *Stato di diritto, diritti collettivi e presenza indigena in America*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 537 ss., pp. 541 s. part. Nelle aree coloniali furono ideati differenti sistemi per impedire alle popolazioni indigene l'accesso all'esercizio dei diritti politici e in particolare all'elettorato attivo: nella colonia del Capo in Africa del Sud, per esempio, a partire dal 1892 si stabilì che per esercitare il diritto di suffragio, a parte il censo, si dovesse apporre la propria firma e indicare il proprio indirizzo e la propria professione. In tal modo gran parte della popolazione indigena restava esclusa dall'esercizio del voto, pur senza un'esplicita scelta in favore della segregazione razziale. L'espedito congegnato nella Colonia del Capo, da non confondere con la repubblica boera del Transvaal, era molto simile a quello ideato nello Stato del Mississippi e in altri stati del Sud per impedire agli afroamericani l'esercizio del voto garantito, senza alcun pregiudizio, a tutti i cittadini dal XV emendamento della costituzione federale: vd. J. BRYCE, *The American Commonwealth*, II, cit., p. 531. Anche in Australia agli aborigeni i diritti politici furono concessi soltanto nel 1967, dopo un referendum nazionale. Sul tema dell'autogoverno delle comunità bianche nell'Impero britannico e il conseguente, relativo peggioramento delle condizioni dei popoli coloniali vd. D. LOSURDO, *Controstoria del liberalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. 216 ss.: certamente interessante, per il nostro tema, il cap. intitolato « L'Occidente e i barbari. Una "democrazia per il popolo dei signori" di dimensioni planetarie ».

mera dei Comuni) o perfino essere creato Pari, Governatore generale dell'India, e, addirittura, Primo Ministro. Del resto, questi medesimi principii si applicavano anche ai cinesi di Singapore o di Hong-Kong, ai sudditi negri della Giamaica o dello Zululand⁽²⁷⁾.

Nelle loro premesse e, in parte, nel loro esito, le posizioni di Coke, Bacon ed Ellesmere coincidono in fondo con quanto J. Bodin aveva già scritto sulla nozione di cittadinanza⁽²⁸⁾. Nei *Six livres de la Republique* il giurista si sofferma su Roma e il suo impero. Ai membri dei popoli sottomessi a Roma, che non godevano dello *status civitatis*, non si attribuiva di conseguenza il nome di cittadini. Ma si pone allora un grave problema: che cosa erano se non cittadini? Procedendo per esclusione: se non erano cittadini erano stranieri; se erano stranieri, erano alleati o nemici. Non erano alleati, perché avevano perduto la loro libertà; non erano nemici, perché servivano fedelmente Roma; se dunque non possono ritenersi stranieri, quei popoli, soggetti alla sovranità di Roma, essi dovevano essere considerati, insieme, sudditi e cittadini: « sarebbe cosa ben assurda dichiarare straniero il suddito naturale nel suo paese e obbediente al suo principe sovrano ». L'equivoco antico che chiamava gli uni cittadini e gli altri tributari « dipendeva dalla differenza di prerogative e privilegi intercorrenti fra loro », ma è proprio questo il punto dolente: solo separando la cittadinanza dal legame con la inesauribile varietà degli oneri e dei privilegi dei cittadini è possibile giungere a una nuova definizione centrata sul rapporto di sovranità e soggezione. È cittadino quel soggetto che, in quanto incluso (quale che sia la sua condizione) nella zona d'influenza di un sovrano, si differenzia da qualsiasi altro che, in quanto escluso da quella zona, si definisce essenzialmente come non cittadino, come straniero. Cittadino è dunque il « suddito libero che dipende dalla sovranità altrui »⁽²⁹⁾. Questa celebre definizione bodiniana può essere meglio intesa in tutta la sua portata mettendola a confronto

(27) J. BRYCE, *L'Impero Romano e l'Impero Britannico*, cit., pp. 56 s. È inutile ricordare che le ipotesi enunciate dal Bryce non si realizzarono mai.

(28) Questa coincidenza è colta, per esempio, anche da P.J. PRICE, *Natural Law and Birthright Citizenship in Calvin's Case*, cit., p. 18.

(29) J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, a cura di M. Isnardi Parente, Torino, UTET, rist. 1997, vol. I, (libr. I cap. VI) pp. 265 ss., p. 265 e p. 288 part.

con quella diversa cittadinanza che Bodin non disconosce, ma colloca su un altro piano: la cittadinanza come appartenenza alla città, la cittadinanza come accesso agli oneri e privilegi che da quell'appartenenza conseguono ⁽³⁰⁾.

Al tempo dell'assolutismo illuminato, questa definizione di cittadinanza fu utilizzata, almeno in un'occasione, per metter fine, nelle colonie, a discriminazioni dei nativi giustificate con razza o colore della pelle. Il Marchese di Pombal, davvero illuminato in questo caso, ribadì più volte, durante i suoi ventidue anni di potere (1755-1777), il principio che tutti i sudditi battezzati della corona portoghese dovevano godere dello stesso *status* legale e sociale dei bianchi nati in madrepatria, dal momento che 'Sua Maestà non discrimina i suoi vassalli in base al colore ma in ragione dei loro meriti'. Inoltre — cosa senza precedenti — volle che si punisse come un crimine chiamare individui di pelle scura con epiteti offensivi quali *negro* o *mestiços*. Si ripropose il contenuto di questo decreto in differenti occasioni nel corso degli anni, in special modo per consentire a indiani, africani o cinesi di accedere, nel clero secolare o regolare, agli ordini sacri. Pombal richiamò esplicitamente forme giuridiche e strumenti della colonizzazione romana: l'idea della cittadinanza imperiale doveva concretamente inverarsi nei domini portoghesi d'oltremare. Un obiettivo perseguito con ostinazione: attraverso il conferimento della cittadinanza portoghese, i nativi cristiani dovevano essere equiparati in tutto e per tutto agli abitanti europei (bianchi) del Portogallo e delle colonie ⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ Così P. COSTA, « *Civitas* ». *Storia della cittadinanza in Europa*. 1. *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 75 s., che ho seguito anche nella parafrasi del pensiero bodiniano; un quadro sintetico in *Cittadinanza*, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. 22 ss. Si può porre a confronto l'esperienza romana dei primi secoli dell'Impero con quella della Toscana medicea, ove la cittadinanza fiorentina attribuiva privilegi e guarentigie da cui erano esclusi tutte o gran parte delle altre comunità (ma Siena godeva d'uno *status* particolare). Per tal motivo, le aristocrazie dei Comuni sudditi in Toscana chiesero talvolta al Granduca e al suo governo la concessione della cittadinanza fiorentina: sull'identità costituzionale del Granduca e i suoi rapporti con le repubbliche fiorentina e senese e con i Comuni sudditi vd. L. MANNORI, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel principato dei Medici* (secc. XVI-XVIII), Milano, Giuffrè, 1994, pp. 75 ss.

⁽³¹⁾ Su questo tema vd. Ch. R. BOXER, *The Portuguese Seaborne Empire 1415 —*

4. *L'esperienza romana: civitas e vincolo personale di fedeltà all'imperatore.*

Nel XIX secolo il Regno Unito non era uno stato come gli altri, ma un'organizzazione imperiale che stringeva nelle maglie del suo potere vaste aree del mondo, anche se esse non costituivano un insieme territoriale integrato.

Tuttavia, Roma e Inghilterra, nonostante le molte analogie riscontrabili tra le rispettive esperienze storiche, hanno seguito percorsi molto diversi. È lo stesso James Bryce, in fondo, a rivelarcene i motivi, con puntuali riferimenti alla concessione e alla diffusione dei diritti di cittadinanza nelle due esperienze, romana e inglese.

In origine, a Roma, nessuno che non fosse cittadino della *res publica* vi poteva godere alcun diritto pubblico o alcuna guarentigia, spettanti, in modo esclusivo, ai membri della comunità⁽³²⁾. Nel corso di circa quarant'anni, tra l'89 e il 49 a.C., la cittadinanza fu concessa agli abitanti liberi dell'intera Italia; entro il 42 a.C., infine, tutto il suolo della penisola, inclusa la Cisalpina, ma senza le isole Sicilia, Sardegna e Corsica rimaste province, fu equiparato all'antico *ager Romanus*⁽³³⁾. In quel periodo, però, la cittadinanza era già stata concessa anche a un certo numero di città e d'individui fuori d'Italia⁽³⁴⁾. Infine, nel 212 d.C. probabilmente⁽³⁵⁾, un editto impe-

1825, London, Hutchinson, 1969, pp. 249 ss., pp. 256-7 part., ove fonti e ulteriori indicazioni. Queste vicende della colonizzazione portoghese sono state opportunamente valorizzate nel volume di B. ANDERSON, *Comunità immaginate. Origini e fortuna dei nazionalismi*, tr. it. Roma, Il Manifesto Libri, 2^a ed. 2003, pp. 80 s.

⁽³²⁾ Cfr. le considerazioni di J. BRYCE, *L'Impero Romano e l'Impero Britannico*, cit., pp. 52-54.

⁽³³⁾ La letteratura sul punto è sterminata. Per tal motivo mi limito a indicare esclusivamente il volume di J. M. DAVID, *La romanizzazione dell'Italia*, tr. it. Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 132 ss. part., con bibl.

⁽³⁴⁾ Ricordo un solo esempio, ben noto a tutti: in età triumvirale molti *politai* di Tarso in Cilicia, la città di San Paolo, ottennero la cittadinanza e, fra essi anche i genitori dell'Apostolo, che nacque perciò cittadino romano. M. WOŁOCH, *St. Paul's two citizenships*, in « *Chaiers des Études anciennes* » 2, 1973, pp. 135-138, sostiene che la cittadinanza fu concessa individualmente al padre dell'Apostolo.

⁽³⁵⁾ Bibl. e fonti in T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cittadini e sudditi tra II e III secolo*,

riale (la *constitutio Antoniniana*) accordò la cittadinanza a tutti gli individui liberi dell'Impero. Roma, così, finì per concedere a ogni suddito quei diritti che in origine spettavano ai soli membri della comunità e, poi, a tutti gli italici. L'assimilazione delle *élites* delle popolazioni sottomesse nei quadri di governo fu tanto rapida che già alla fine dell'età giulio-claudia, il prosopografo deve constatare la presenza di nobili Galli, i cui nonni avevano combattuto contro Cesare, alla testa di legioni romane in quanto *legati Augusti pro pretore*; d'Ebrei d'Alessandria governatori della provincia d'Egitto; e infine, nel giro d'appena una generazione, d'imperatori d'origine provinciale. Se poi guardiamo alla scienza giuridica, espressione tipica, come s'usava dire nel secolo XIX, del genio nazionale romano-italico, si deve constatare che molti tra i giuristi più importanti nacquero fuori d'Italia ⁽³⁶⁾.

E tutto questo si compì — diremmo noi — non già perché fosse parte dei progetti di chi ha costruito l'Impero. La concezione augustea del dominio di Roma era ancora rigidamente ancorata alla dimensione romano-italica e all'ideologia della *terra Italia* ⁽³⁷⁾. Pur non volendo (o non potendo) attuare il disegno costituzionale ciceroniano, che postulava una più piena partecipazione delle *élites* municipali alla politica cittadina ⁽³⁸⁾, Augusto definì l'alterità dell'Italia, rispetto alle province, attraverso i nomi stessi delle *regiones* in cui suddivise la penisola ⁽³⁹⁾. Basta enunciarli per convincerse-

in *Storia di Roma*. 3. *L'età tardoantica*. 1. *Crisi e trasformazioni*, Torino, Einaudi, 1993, pp. 5 ss. e V. MAROTTA, *Ulpiano e l'Impero*, I, Napoli, Loffredo, 2000, pp. 165 ss.

⁽³⁶⁾ Solo due esempi, tra i tanti possibili, ma sicuramente ben noti: Salvio Giuliano — il giureconsulto per antonomasia nel giudizio di Giustiniano e Triboniano — ad Hadrumetum in Africa proconsularis; Domizio Ulpiano — l'autore maggiormente utilizzato dai compilatori del Digesto — a Tiro in Siria-Fenicia.

⁽³⁷⁾ P.A. CATALANO, *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano*. *Mundus, templum, urbs, ager. Latium, Italia*, in « Aufstieg und Niedergang der römischen Welt », II 16.1, 1978, pp. 525 ss.

⁽³⁸⁾ E. GABBA, *Italia romana*, Como, Edizioni New Press, 1997, pp. 123 ss. Vd. anche A. SCHIAVONE, *La storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 190 ss.; più sinteticamente *Italiani senza Italia*, Torino, Einaudi, 1998, pp. 60 ss.

⁽³⁹⁾ Sul tema, più in generale, si ricordi la polemica tra G. TIBILETTI, *Storie locali dell'Italia romana*, Univ. di Pavia — Istituto di Storia antica — Como, distr. Edizioni

ne ⁽⁴⁰⁾: tutte, tranne l'VIII e l'XI, recano un nome etnico che identifica un'antica popolazione. Al contrario, Aemilia (VIII) e Transpadana (XI) l'assumono, rispettivamente, da una strada consolare e dalla posizione rispetto al fiume Po. Per quale motivo si preferì non adoperare un etnico? La spiegazione, per quanto banale, svela una precisa concezione dell'Italia: Augusto avrebbe dovuto utilizzare il nome Gallia — e Gallia Cisalpina si chiamava, appunto, la provincia che ricomprendeva i territori di queste due regioni prima del 42 a.C. ⁽⁴¹⁾ — o quello di qualche tribù celtica. In tal modo, però, avrebbe anche rischiato di cancellare il netto confine che separava l'Italia dalle province e dalle Gallie in particolare, recentemente conquistate da Cesare e non ancora del tutto pacificate ⁽⁴²⁾.

New Press, 1978, pp. 11 ss. e F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, 4.2, Napoli, Jovene 1975², pp. 692 s. [adde « Athenaeum », 53, 1975, p. 246]; W. ECK, *L'Italia nell'Impero romano. Stato e amministrazione in epoca imperiale*, tr. it. Bari, Edipuglia, 1999, p. 125, che implicitamente prende posizione a sostegno di G. Tibiletti. Da ultimo, con ampia bibl., U. LAFFI, *L'organizzazione dell'Italia sotto Augusto e la creazione delle « regiones »*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, dir. L. Labruna, a cura di M.P. Baccari - C. Cascione, Tomo primo, Napoli, ESI, 2006, pp. 933 ss., 963 ss. part.

⁽⁴⁰⁾ I Campania, II Apulia et Calabria, III Bruttii et Lucania, IV Samnium, V Picenum, VI Umbria, VII Etruria, VIII Aemilia, IX Liguria, X Venetia et Histria, XI Transpadana.

⁽⁴¹⁾ Sul punto G. LURASCHI, « *Foedus, ius Latii, civitas* ». *Aspetti costituzionali della romanizzazione in Transpadana*, Padova, Cedam, 1979, pp. 379 ss. part.

⁽⁴²⁾ Anche un episodio del 26 d.C. può essere interpretato in questa prospettiva. Ambasciatori di undici città della provincia d'Asia convennero al cospetto di Tiberio per risolvere una contesa riguardante il privilegio d'erigere un tempio dedicato al principe, a sua madre e al senato. Rimase in campo, alla fine, due sole candidature: quella dei Sardiani e quella degli Smirnei. I primi credettero di poter prevalere adducendo in particolare un antico decreto della confederazione etrusca che riconosceva la consanguineità tra Sardiani ed Etruschi. Gli Smirnei ricordarono gli aiuti prestati più volte al popolo romano e la loro secolare fedeltà. Il principe chiese il parere del senato che si pronunciò a favore degli Smirnei (vd. Tac. *Ann.* 4, 55-56) che ottennero così la loro prima *neokoria*. I Sardiani commisero probabilmente un grave errore invocando i vincoli di sangue che li legavano (*suggeneia*) a un popolo della penisola. Forse, se il senato e il principe avessero dato seguito alle loro richieste avallandone la strategia diplomatica, avrebbero allo stesso tempo inferto un duro colpo alla costruzione augustea e alla netta distinzione tra Italia e province che essa presupponeva. Sul punto, con un'interpretazione almeno in parte divergente rispetto a quella che ho ora tracciato, vd. A.

Assistiamo dunque — rispetto ai progetti augustei — a una eterogenesi dei fini, vale a dire a un sorgere, per forza delle cose, di motivi e, in ultimo, di istituzioni che trascendono le originarie intenzioni e i moventi immediati.

La forza irresistibile che, alla fine d'un processo secolare, giunse a trasformare l'Impero di Roma in un organismo universale e a colmare, così, il fossato che un tempo aveva diviso conquistatori e conquistati può identificarsi non solo e non tanto con l'ordinamento costituzionale del principato, ma con la duplice fonte dell'obbligazione politica che lo caratterizza: alla legittimazione *per legem* del potere imperiale, fondata sulla tradizione repubblicana⁽⁴³⁾, si sovrappone anche quella peculiare elaborazione dell'ideologia patronale utilizzata da Ottaviano e dai suoi successori⁽⁴⁴⁾. Il vincolo tra principe e individui sottomessi al dominio romano, creato e suggellato dal loro giuramento di fedeltà, costituisce un rapporto di soggezione che, già al tempo d'Augusto, supera, almeno virtualmente, i rigidi steccati della cittadinanza e della supremazia romano-italica, riconoscendo — per adoperare le parole e la nomenclatura di Eric Voegelin — nell'imperatore « il rappresentante esistenziale di quel vasto agglomerato di popoli posti “*sub Romana dicio-ne*” »⁽⁴⁵⁾.

Questi giuramenti erano prestati in ogni parte dell'Impero, a Roma, in Italia e nelle province, da tutti i loro abitanti, quando tale

GIARDINA, *L'Italia romana. Storie di un'identità incompiuta*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 26 s.

⁽⁴³⁾ Sulla c.d. *lex de imperio* vd. M. PANI, *Costituzionalismo antico: la lex de imperio Vespasiani*, in *Storia Romana e Storia Moderna*, cit., a cura di Mario Pani, pp. 101 ss. (ove ampia bibl.), ma suscita non poche perplessità la sua interpretazione della c.d. clausola discrezionale [*lex de imperio Vespasiani* ll. 17-21 = M. H. CRAWFORD (a cura), *Roman Statutes*, I, London, Institute of Classical Studies, School of Advanced Study University of London, 1996, pp. 549-553]. Da ultimo D. MANTOVANI, *Le clausole « senza precedenti » della 'lex de imperio Vespasiani'*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, cit., tomo secondo, pp. 1035 ss.

⁽⁴⁴⁾ Sul punto A. VON PREMERSTEIN, *Vom Werden und Wesen des Prinzipats*, « *Abhand. der Bayerischen Ak. der Wissenschaften, phil.-hist. Abt.* », n. F, Heft 15, München, 1937, pp. 15 ss.

⁽⁴⁵⁾ E. VOEGELIN, *La nuova scienza politica. Con un saggio di Augusto Del Noce su 'Eric Voegelin e la critica dell'idea di modernità'*, tr. it. Torino, Borla, 1968, pp. 141 ss.

solenne cerimonia aveva luogo, quale che fosse il loro *status*: senatori, cavalieri, cittadini romani e stranieri. Si doveva rendere obbligatoriamente il *iusiurandum* all'avvento d'ogni nuovo principe o al momento dell'annessione all'Impero di un territorio (*redactio in formam provinciae*). A partire da Caligola, forse già dalla fine del principato di Tiberio, esso era rinnovato ogni anno, agli inizi del mese di gennaio. Sotto Traiano e i suoi successori il giuramento fu celebrato in tutte le province anche nel *dies imperii* ⁽⁴⁶⁾.

I testi dei *vota pro salute*, conosciuti grazie alle fonti e alle iscrizioni, tradiscono una evidente parentela, ma anche delle differenze, riflesso dell'indipendenza di ogni città e di ogni *koinon*: lo spirito era sempre il medesimo, senza che vi fosse un unico modello uguale per tutti. Cionondimeno i giuramenti latini — di Aritium in Lusitania, di Sestinum (purtroppo questo documento è mutilo) in Umbria e l'ultimo, recentemente ritrovato in Betica (Andalusia) —, presentano punti contatto tanto numerosi, anche dal punto di vista lessicale, da lasciar supporre l'esistenza d'un modello base ⁽⁴⁷⁾, a differenza di quelli greci di Gangra, Palaipaphos e Assos. Questi ultimi s'iscrivono invece sulla linea dei giuramenti di fedeltà d'epoca ellenistica e, prima ancora, degli *adû* assiri, dei patti di soggezione ittiti e fenici e del *berit*, il patto tra Jahvé e il suo popolo ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ Vd. P. HERMANN, *Der römische Kaisereid. Untersuchungen zu seiner Herkunft und Entwicklung*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1968, pp. 50 ss. Cfr. D.50,16,233,1 (Gaius 1 *ad legem XII tab.*) = O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, nr. 423 (Gaius) *Post kalendas Ianuarias die tertio pro salute principis vota suscipiuntur*: cfr. anche Frg. Vat. 195 (Ulpianus *l.s. de off. praet. tut.*) = O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, nr. 2109 (Ulpiano). Per i *vota* che si prestavano nel *dies imperii* vd. Plin. *min. Ep.* 10,52; 10,53; 10,102; 10,103; sul tema è sufficiente il commento di A.N. SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny. A Historical and Social Commentary*, Oxford, Clarendon Press, riedizione con correzioni 1985, pp. 633 s.

⁽⁴⁷⁾ Per testi e riferimenti vd. V. MAROTTA, *Ulpiano e l'Impero*, I, cit., pp. 139 s. e nt 121. *Adde* un giuramento ad Augusto ritrovato in Betica [J. GONZALEZ, *The First Oath pro salute Augusti found in Baetica*, in « Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik », 72, 1988, pp. 113-127 = « Année Épigraphique », 1988, nr. 723; C. CASTILLO, *El nuevo juramento a Augusto encontrado en la Bética*, in *L'Afrique. La Gaule, la religion à l'époque romaine. Mélanges à la mémoire de M. Le Glay*, coll. Latomus 226, Bruxelles, 1994, pp. 681 ss.].

⁽⁴⁸⁾ Vd., per esempio, *Inscriptiones Graecae ad res Romanas pertinentes* III nr.

Il giuramento prestato da tutti gli abitanti dell'Impero imponeva d'avere gli stessi nemici dell'imperatore e d'anteporre, subordinandole ogni altro legame personale o familiare, la *salus principis* alla propria. Si sospendeva così ogni altra relazione di fedeltà: anche quella dei figli nei confronti dei propri genitori, dei *liberti* nei confronti dei propri *patroni*, dei *servi* nei confronti dei propri *domini*.

È dunque la *fides* a imporre ai *cives* e a tutti gli uomini, *qui sub imperio populi Romani sunt*, il dovere di formulare e rispettare i

137 = *Orientis Graeci Inscriptiones Selectae* II nr. 582. Tr. it. « ... Giuro su Zeus, la Terra, il Sole, su tutti gli dei e le dee, e su Augusto stesso, di essere fedele a Cesare Augusto, ai suoi figli e discendenti per tutto il tempo della mia vita, in parole, azioni e pensieri, considerando amici o nemici quelli che loro considerano tali; per difendere i loro interessi giuro di non risparmiar né il mio corpo, né la mia anima, né la mia vita, né i miei figli, ma di affrontare senza esitazione qualunque pericolo per proteggere ciò che loro appartiene. Se mi accorgo o se capisco che si parla, si complotta o si fa qualche cosa contro di loro, giuro di denunciarlo e di mostrarmi ostile a colui che parla, complotta o agisce di conseguenza. Se qualcuno viene considerato da loro come nemico, giuro di perseguitarlo e di punirlo in terra e in mare, con le armi e la spada. Se una soltanto delle mie azioni fosse contraria a questo giuramento o non conforme a ciò che ho promesso, io consacro me stesso, corpo e anima, la mia vita e i miei figli e tutta la mia stirpe e i miei beni allo sterminio e all'annientamento fino all'ultima discendenza e a quella di tutti i miei eredi. E che la terra e il mare non accolgano mai i corpi dei miei e quelli dei miei posteri e che essi non producano alcun frutto per loro ... ». Le maledizioni finali hanno la struttura di disposizioni potenzialmente performative, destinate, cioè, a realizzarsi automaticamente a determinate condizioni. Altri testi e bibl. In P. HERMANN, *Der römische Kaisereid. Untersuchungen zu seiner Herkunft und Entwicklung*, cit., pp. 50 ss., 105 ss., 122 ss. Nel Deuteronomio, nella preghiera *Shemac*, c'è il comandamento « Tu amerai il Signore Tuo Dio con tutto il cuore, con tutta l'anima e con tutte le forze », che coincide in molti punti con documenti provenienti da altre realtà del vicino-oriente. Come ha sottolineato J. ASSMAN, *Potere e salvezza. Teologia politica nell'antico Egitto, in Israele e in Europa*, tr. it. Torino, Einaudi, 2001, pp. 56 ss., il pathos dell'interezza incondizionata, della totalità, che esclude ogni riserva interiore proviene dai giuramenti di fedeltà che funzionari e vassalli dovevano prestare al Re tra gli Ittiti o gli Assiri. Parallelismi esistenti tra mondo greco e mondo vicino-orientale sono stati più volte sottolineati. Scorge significative somiglianze tra giuramenti di fedeltà ittiti e patti giurati greci M. GIORGIERI, *Aspetti magico-religiosi del giuramento presso gli Ittiti e i Greci*, in, *La questione delle influenze vicino-orientali sulla religione greca*, a cura di P. Xella-L. Ribichini-M. Rocchi, Roma, Consiglio Nazionale delle Ricerche, 2001, pp. 421 ss., che si sofferma in particolare sul patto giurato tra Achei e Troiani nel libro III dell'Iliade.

vota pro salute principis (49). Questo rapporto, che la pronuncia dei *vota* costituisce, spiega (50) l'indubbio rilievo politico e giuridico di frasi come *salus enim principis et status rei publicae per omnes tuendus est*, delle *Pauli Sententiae*, o *in reos maiestatis et publicos hostes omnis homo miles est*, dell'*apologeticum* di Tertulliano (51). Ogni uomo che viva sotto l'impero del popolo romano, nella difesa della *salus principis*, nella tutela della saldezza del suo potere, deve considerarsi un *miles*, un soldato (52). Un dato che si perpetua anche nell'Impero cristiano, perché, come scrive S. Ambrogio (53), « mentre tutti gli uomini che sono sottomessi al dominio romano ubbidiscono come soldati (*militare*) a voi imperatori e principi della terra, voi stessi ubbidite come soldati (*militare*) a Dio onnipotente e alla Santa Fede ».

5. *Differenzialismo inglese e universalismo romano.*

Alcune potenze coloniali — così il Portogallo di Pombal (54) — tentarono concretamente, nonostante esiti non sempre coronati da successo, d'integrare nel ceto di governo le *élites* dei popoli sottomessi. Come mai allora — benché il quadro costituzionale e la tradizione giuridica della monarchia feudale inglese non solo non

(49) Sul tema P. FREZZA, *Corso di Storia del diritto romano*³, Roma, Edizioni Studium, 1974, pp. 292 ss.; P. FREZZA, *Per una qualificazione istituzionale del potere di Augusto* (1956) = *Scritti* 2., Roma, Pontificia Universitas Lateranensis — distr. Mursia —, 2000, pp. 153 ss.; P. FREZZA, *Note esegetiche di diritto pubblico romano* (1956) = *Scritti* 2, cit., pp. 212 ss.

(50) Ma chiarisce anche l'esistenza dello speciale regime processuale (ovverossia l'estensione della legittimazione all'accusa anche agli esclusi dal regime dell'*ordo iudiciorum* e l'ammissibilità del ricorso alla *quaestio* e agli *indicia servorum in caput dominorum*) previsto per le ipotesi più gravi di *laesa maiestas*.

(51) Cfr. PS 5, 29, 2 (= fr. Leid. 10) = Liebs 5, 35, 2; Tert. *Apol.* 2, 8.

(52) Vd. *supra*, in nt 48, *Inscriptiones Graecae ad res Romanas pertinentes* III nr. 137 = *Orientis Graeci Inscriptiones Selectae* II nr. 582 e cfr. con testi rammentati in nt. 51.

(53) *Ep.* 10, 72, 1 *Cum omnes homines qui sub ditione Romana sunt vobis militant imperatoribus terrarum atque principibus, tum ipsi vos omnipotenti Deo et sacrae fidei militatis.*

(54) Vd. *supra* nt. 31.

avessero impedito, ma favorito, in fondo, il rapido emergere d'una vera e propria cittadinanza imperiale britannica — non si riscontra, in quest'esperienza storica, nulla di davvero paragonabile?

Con onestà, avanza una prima risposta lo stesso James Bryce. Un altro contrasto « [...] si ha nel colore delle razze. Tutte le razze dell'India » — ma il medesimo discorso valeva, per l'uomo politico britannico, per tutti i territori dell'Impero non abitati prevalentemente da europei — « sono scure per quanto si riscontrino colà degli individui, specialmente nella classe elevata dei Bramini e fra i Parsi di Poona e Gajarat, che sono di tinta chiara quanto gli inglesi. Ora per i popoli teutonici, e specialmente per gli inglesi e gli angloamericani, la differenza di colore ha grande importanza. Essa crea un senso di separazione; e forse anche un leggero istinto di repulsione. Questo istinto potrà essere giudicato irrazionale e non cristiano; tuttavia esso è così profondamente radicato che non è probabile venga superato in un tempo relativamente breve. Esso certamente non è così forte di fronte ai componenti le razze più civili dell'India, le cui facce intelligenti e raffinate documentano secoli di cultura mentale, come lo è di fronte ai negri dell'America del nord, o nell'Africa del sud verso i Kafiri. Ma, anche di fronte a queste, esso basta generalmente a intralciare ogni forma di intimità sociale, e a costruire un ostacolo assoluto alla conclusione dei matrimoni ... La diversità del colore costituirebbe una barriera insormontabile alla conclusione d'un matrimonio » anche con donne o uomini delle più antiche famiglie principesche Indù⁽⁵⁵⁾.

(55) J. BRYCE, *L'Impero romano e l'Impero britannico*, cit., pp. 71 s. L'istinto di repulsione denunciato dal Bryce si è certamente acuito nel corso del XIX secolo, ma era già presente *in nuce* ben prima che si formulassero le prime, pseudo-scientifiche, teorie razziali. Uno spunto gustoso in tal senso — non saprei definirlo altrimenti — emerge da un frammento della scrittura di B. Franklin (*Writings*, a cura di J.A.L. Lemay, New York, Library of America, 1987, p. 374) segnalato da D. LOSURDO, *Controstoria del liberalismo*, cit., p. 243: « L'Africa è interamente nera o bruna; L'Asia è prevalentemente abitata da gente con la pelle scura ». Lo stesso vale per l'America precolombiana: « è interamente scura ». Netta è la prevalenza quantitativa dei popoli di colore. La loro presenza si avverte in qualche modo nella stessa Europa: « Spagnoli, italiani, francesi, russi e svedesi generalmente tendono a essere di colore vagamente scuro ». Non molto meglio se la cavano gli abitanti della Germania. A rappresentare

Non è certo il caso di ingigantire il differenzialismo inglese: l'impero britannico ha rivelato, nonostante soprusi e violenze, notevoli capacità di trattare i popoli conquistati in modo relativamente dignitoso, ma, indubbiamente, poche attitudini per l'universalismo, un principio di dinamismo e insieme di stabilità, una forza essenziale di tutti i veri imperi.

L'universalismo è una risorsa ideologica fondamentale per la loro sopravvivenza e il loro consolidamento. Ogni impero nasce dalla costrizione militare, che consente anche la riscossione del tributo. Ma poi, con il trascorrere del tempo, il centro finisce per trattare « i popoli conquistati alla stregua di cittadini ordinari e i cittadini ordinari alla stregua di popoli conquistati ». La dinamica del potere conduce allo sviluppo d'un egualitarismo universalista, la cui origine non è la libertà di tutti ma l'oppressione di tutti. Un simile universalismo, nato dal dispotismo⁽⁵⁶⁾, si sviluppa nel sentimento di responsabilità nei confronti di tutti i sudditi in uno spazio

l'umanità più alta restano gli inglesi insediati sulle due sponde dell'Atlantico, "il nucleo del popolo bianco", del "popolo bianco in modo puro" (*purely white People*) e l'unica comunità che incarna la causa della libertà ». Un'autentica gerarchia di popoli e nazioni costruita sul colore della pelle.

⁽⁵⁶⁾ Non è un paradosso: vd. *infra* nt. 64, ove si rammenta un famoso pensiero di Machiavelli. Mi sembra opportuno ricordare a tal proposito due luoghi vicini: *La scienza nuova, Introduzione* 39 e libr. 4 sez. 14 cap. 1). Cito dal secondo: « Perch'è voto proprio de' grandi monarchi di far una città sola di tutto il mondo ... Onde il diritto natural delle nazioni promosso da' pretori romani nelle provincie, venne, a capo di lunga età, a dar le leggi in casa d'essi romani; perché cadde il diritto eroico de' romani sulle provincie, perché i monarchi vogliono tutti i soggetti uguagliati con le lor leggi. E la giurisprudenza romana, la quale ne' tempi eroici tutta si celebrò sulla legge delle XII Tavole, e poi, fin da' tempi di Cicerone (com'egli il riferisce in un libro *De legibus*), era incominciata a praticarsi sopra l'editto del romano pretore, finalmente dall'imperador Adriano in poi, tutta s'occupò d'intorno all'*Editto perpetuo*, composto ed ordinato da Salvio Giuliano quasi tutto d'editti provinciali » (*La scienza nuova, giusta l'edizione del 1744*, a cura di F. Nicolini, Bari, Laterza, 1974, II, p. 539). D'altra parte, lo stesso Tocqueville si chiedeva se « una dittatura temporanea, esercitata in modo fermo e illuminato » non fosse il solo mezzo per salvare l'Irlanda: egli pensa a un potere imposto da Londra, che dovrebbe porsi al di sopra delle parti, contadini cattolici e proprietari anglo-protestanti. Vd. A. DE TOCQUEVILLE, *Oeuvres complètes*, a cura di P. Mayer, Paris, Gallimard, 1951-) V, t. 2, p. 131.

politico dove non esistono più differenze essenziali tra popolo conquistatore e popoli conquistati (57).

Ma a impedire la piena integrazione dell'Inghilterra col suo Impero e viceversa vi fu anche una ragione d'ordine spirituale, che ineriva (e inerisce ancora probabilmente) a una peculiare interpretazione della propria insularità. E il Bryce ne era perfettamente consapevole, come emerge da queste considerazioni: « le province si vendicarono aspramente del vincitore; e alla fine Roma cessò d'avere una storia sua propria e ciò è vero, in gran parte, anche per l'Italia ... Ben altra è stata la sorte dell'Inghilterra di fronte al suo Impero ... Si potrebbe scrivere una storia costituzionale dell'Inghilterra, oppure una sua storia economica e industriale, ecclesiastica, letteraria o sociale, toccando solo fuggevolmente delle colonie o dell'India » (58).

Le cose, dal punto di vista della realtà dei fatti, non stavano come il Bryce immaginava o desiderava che fossero. Gli uomini, anche quelli più sensibili e intelligenti, vivono delle false rappresentazioni della propria coscienza. L'impero territoriale conquistato in India fu davvero il principale pilastro del dominio mondiale inglese, sia dal punto di vista economico, sia dal punto di vista militare (59).

Il contributo inglese all'occidentalizzazione del mondo, di là da ogni giudizio di valore, è stato decisivo. L'isolamento, accentuato da un'esistenza meramente marittima (la schmittiana *Entankekung*) (60), ha accelerato e vivificato, attraverso un incessante pro-

(57) Sul punto E. TODD, *Dopo l'Impero. La dissoluzione del sistema americano*, tr. it. Milano, Marco Tropea Editore, 2003, pp. 96 ss., p. 98 part. Quest'opera non ha incontrato particolare fortuna. Anche in Francia è stata oggetto di critiche tanto velenose quanto ingiustificate. Si distingue, in particolare, quella di J. VAISSE, *Empire américain: l'éternel déclin*, in AA.VV., *Naissance et mort des empires*, Paris, Perrin, 2004, pp. 160 ss., che distorce artatamente tesi e argomenti del Todd.

(58) J. BRYCE, *L'Impero Romano e l'Impero Britannico*, cit., p. 86.

(59) La spoliazione sistematica del subcontinente asiatico consentì al Regno Unito di vincere le guerre napoleoniche. Ma v'è di più: senza dubbio dopo il 1857, nella seconda metà del XIX secolo, l'esercito coloniale indiano fu il pugno di ferro in quanto di velluto del potere militare britannico nelle guerre e nelle operazioni di polizia coloniali: sul punto osservazioni e riferimenti in G. ARRIGHI-B. J. SILVER, *Caos e governo del mondo*, tr. it. Milano, Bruno Mondadori, 2003, pp. 67 ss.

(60) C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello « jus publicum*

cesso di recupero o, per meglio dire, invenzione delle proprie tradizioni, l'esemplare esperienza costituzionale dell'Inghilterra.

Ciononostante, il dominio mondiale britannico è imparagonabile all'impero universale di Roma, perché nel primo il popolo dominante non ha mai compiutamente accettato di dissolvere la propria cultura in un sistema di regole astratte e universali di convivenza. Invero gli inglesi — ancor più rapidamente dei romani grazie alla loro peculiare tradizione giuridica — concessero a tutti i sudditi eguali diritti civili e l'eleggibilità passiva agli uffici pubblici, ma, nel comparare la costruzione egemonica britannica con l'Impero di Roma, il Bryce poteva servirsi solo malagevolmente del mito imperiale ⁽⁶¹⁾ da lui stesso rigenerato. L'eguaglianza civile, nei territori britannici, appariva ai sudditi un mero simulacro privo di valore, perché il popolo dominante non avrebbe mai accettato di superare la base etnica di partenza, trasformando l'ampia comunità di popoli soggetti alla corona inglese in una vera 'nazione transnazionale'. J. Bryce sapeva bene che l'identità nazionale degli imperi nasce dalla dissoluzione della cultura dello stato dominante nelle tradizioni periferiche, e non dalla sua imposizione ⁽⁶²⁾. I toni, a volte apologetici, che connotano *The Ancient Roman Empire and the British Empire in India* non possono farci dimenticare che James Bryce doveva essere perfettamente consapevole — proprio alla luce delle

Europaeum », tr. it. Milano, Adelphi, 1991, pp. 214 ss. P.P. PORTINARO, *La crisi dello ius publicum Europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Torino, Edizioni di Comunità, 1982, pp. 173 ss. Mi ha reso più agevole la comprensione dell'opera di Schmitt, la lettura del saggio di C. RESTA, *Stato mondiale o nomos della terra. Carl Schmitt tra universo e pluriverso*, Roma, Antonio Pellicani Editore, 1999, pp. 26 ss. Più recentemente nuovi spunti in F. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt*, in « Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 33-34, 2004-2005, pp. 379 ss.

⁽⁶¹⁾ Sul tema A. DE BENOIST, *L'Impero interiore. Mito autorità potere nell'Europa moderna e contemporanea*, tr. it. Firenze, Ponte alle Grazie, 1995, pp. 117 ss. Ma si vd. anche, per i suoi compiuti rinvii alle fonti e alla letteratura, il volume di C. BONVECCHIO, « *Imago Imperii imago mundi* ». *Sovranità simbolica e figura imperiale*, Padova, Cedam, 1997. Sul mito imperiale, fra Bisanzio e Occidente, vd. E.H. KANTOROWICZ, *L'unità del mondo medievale*, nella sua raccolta di saggi intitolata *I misteri dello Stato*, tr. it. Genova-Milano, Marietti, 2005, pp. 165 ss.

⁽⁶²⁾ Vd. *supra* nt. 13.

idee che aveva maturato nello scrivere *The Holy Roman Empire* — che quello di Roma era stato un vero Impero, mentre il dominio britannico su vaste parti del globo non lo era ancora ⁽⁶³⁾.

Roma, nonostante soprusi e violenze in età repubblicana ⁽⁶⁴⁾, a differenza dell'Inghilterra, non ha mai tentato di preservare intatta la sua autenticità, considerata come un segno dell'innocenza primitiva. I romani hanno avuto il coraggio di riconoscersi inferiori, ma, allo stesso tempo, capaci di imparare ⁽⁶⁵⁾. Come scrive Remy Brague ⁽⁶⁶⁾, « essere romano significa avere alle spalle un classicismo da imitare, e davanti a sé una barbarie da sottomettere » ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶³⁾ E se così non fosse, si dovrebbe allora rilevare una contraddizione nel pensiero di J. Bryce, il quale probabilmente, in base al moderato ottimismo che ispira gran parte della sua opera (cfr, per esempio, le conclusioni delle pagine da lui dedicate al problema degli afroamericani nel sud degli Stati Uniti — *The American Commonwealth* II, cit., pp. 563 s.) — riponeva fiducia nel progresso e nel futuro.

⁽⁶⁴⁾ Niccolò Machiavelli — *Discorsi sopra la Prima Deca di Tito Livio* I, 2: « ... E di tutte le servitù dure, quella è durissima che ti sottomette ad una repubblica » (in N. MACHIAVELLI, *Opere*, I, a cura di C. Vivanti, Torino, Einaudi-Gallimard, 1997, p. 335).

⁽⁶⁵⁾ Profondamente differenti, al contrario, le attitudini degli intellettuali inglesi nei confronti della civiltà indiana. Per esempio Thomas Babington Macaulay, citato in G. BORSA, *La nascita del mondo moderno in Asia orientale. La penetrazione europea e la crisi delle società tradizionali in India, Cina e Giappone*, Milano, Rizzoli, 1977, p. 146, dichiara, esternando un sentimento diffuso tra le élites britanniche (e non solo) del tempo: « un solo scaffale di libri inglesi vale più di tutta la letteratura dell'India o dell'Arabia ».

⁽⁶⁶⁾ R. BRAGUE, *Il futuro dell'Occidente. Nel modello romano la salvezza dell'Europa*, tr. it. Milano, Rusconi, 1998, p. 47 part.

⁽⁶⁷⁾ È senza dubbio vero che i singoli elementi della civiltà europea sono il risultato di processi d'osmosi e di scambio. Non mi sorprende, perciò, né, tantomeno, mi scandalizza quanto scrive P.G. MONATERI, *Gaio nero*, in AA.VV., *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, Carocci, 2005, pp. 19 ss., per il quale il diritto romano deve essere considerato un prodotto multiculturale, frutto di diverse civiltà del Mediterraneo, anche se — credo sia opportuno ricordare — è difficile, anzi quasi sempre impossibile, sul piano concreto della ricostruzione storica (si possono porre a confronto senza alcuna cautela documenti cuneiformi del secondo millennio a.C. con testimonianze del III secolo d.C.?) dimostrare che questo o quell'istituto costituisca un trapianto da un "ordinamento" straniero. E poi semplici parallelismi di sostanza possono ricondursi non a reciproci contatti e influssi ma solo a caratteri comuni a molti ordinamenti giuridici e sociali per l'azione d'identiche motivazioni materiali. Sul piano concreto dello studio d'un ordinamento storico, l'età tardoantica per esempio, è

È dunque romano, in questo senso, chiunque si senta preso fra qualcosa come un ellenismo e qualcosa come una barbarie. Roma-

arduo giungere a conclusioni univoche sull'influenza dei diritti orientali sul diritto romano: vd. E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali* (rist. an. in *Antiqua* 22, con una nota dell'autore e un'introduzione di D. PIATTELLI), Napoli, Jovene, rist. 1999, (ed. or. Bologna, Zanichelli, 1937), pp. 241 ss. Al contrario, secondo quanto emerge da ricerche recenti, i documenti dell'Archivio di Babatha (P. Yadin 28-30) mostrerebbero chiari influssi del diritto romano sulla prassi della *provincia Arabia* nei primi decenni del II secolo.

La tesi enunciata da P.G. Monateri [sulla quale nel complesso condivido il giudizio di A. MANTELLO, 'Diritto europeo' e 'diritto romano': una relazione ambigua, in *Fondamenti del diritto europeo*. Atti del Convegno (Ferrara, 27 febbraio 2004), a cura di P.P. Zamorani-A.D. Manfredini-P. Ferretti, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 93 ss., 102 s. *precipue*, ma vd. anche quello meno esplicito di E. CANTARELLA, *Diritto romano e diritti orientali. Da Black Athena a Black Gaius: recenti ipotesi sulle origini e le caratteristiche del diritto romano*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 101 ss.; condivisibili le recenti osservazioni di A. GUARINO, *La metafora del diritto europeo*, in A. GUARINO, *La coda dell'occhio*⁵, Napoli, Extra commercium humani iuris, Lit. Ed. A. de Frede, 2005, p. 6, consultabile anche nel sito <http://www.lacodadellochio.net>] non può nemmeno considerarsi originale: già nella *Scienza nuova* di Giambattista Vico (*Introduzione* 39 e libr. 4 sez. 14 cap. 1) se ne trova traccia, nonostante un'asserzione storicamente infondata sulla natura dell'editto perpetuo di Salvio Giuliano: vd. *supra* nt. 56.

Si può parlare — come sostiene P.G. Monateri — d'una consapevole strategia d'esclusione dei non europei dall'edificazione della tradizione occidentale? È arduo addurre prove in tal senso, dal momento che la c.d. teoria ariana e il credito concesso al fattore razziale, negli studi di diritto romano (ma ancor più in quelli di storia del diritto medievale) come in ogni altra disciplina storica tra XIX e XX secolo, hanno rappresentato purtroppo fondamentali punti di riferimento della storiografia, e non solo in Germania: mutamenti e sviluppo delle società umane erano costantemente connessi con l'incontro o lo scontro di razze diverse. In questo quadro neppure il diritto romano, in quanto disciplina storica, ha saputo sottrarsi a tali perverse suggestioni.

Mi chiedo ancora: è opportuno, al fine di screditare la scienza giuridica più che il diritto romano, adoperare — forse inconsapevolmente — alcuni canoni interpretativi, invero infondata, elaborati nel quadro intellettuale della c.d. « rivoluzione conservatrice » in Germania o adagiarsi su idee condivise anche dai collaboratori di Himmler? Per esempio, le sue considerazioni sui giuristi romani d'età severiana sembrano riprese, quasi alla lettera, da Oswald Spengler e dal suo « famigerato operone »: *Il Tramonto dell'Occidente. Lineamenti di una morfologia della Storia mondiale*, tr. it. di J. EVOLA riveduta e integrata — Parma, Ugo Guanda Editore, rist. 2002, pp. 748 ss. Ma, volendo, si potrebbero cogliere punti di convergenza anche con le farneticazioni naziste su Papiniano e Ulpiano come giuristi Tannaiti (*pace* anche U. MANTHE, *Beiträge zur Entwick-*

nità, perciò, vuol dire « secondarietà nel senso produttivo del termine, come attitudine del ricevere e del trasmettere, del saper es-

lung des antiken Gerechtigkeitbegriffes II.: Stoische Würdigkeit und die iuris praecepta Ulpiani, in « Zeitschrift der Savigny -Stiftung für Rechtsgeschichte, rom. Abt. », 114, 1997, pp. 1 ss., 12 ss. part.). Né molto conta — e ci mancherebbe! — rovesciare i giudizi di valore o riallacciarsi alle fantasiose congetture d'egittologi e orientalisti francesi, quando s'intende edificare un'intera teoria su presupposti dimostratisi sempre fallaci, una volta sottoposti al vaglio della critica (le ipotesi di Revillout e di Lapogue furono annientate da E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, cit., pp. 41 ss., che il Monateri non ricorda neppure). Studiare i gruppi sanguigni e i cromosomi è certamente utile per delineare mappe precise dei vari gruppi etnici, ma a nulla serve nella storia del pensiero giuridico.

Mi domando se il Monateri abbia davvero compreso cosa significhino, nel dibattito storiografico contemporaneo (ma per la storiografia egli nutre, e non lo nasconde, solo disprezzo), le parole « invenzione della tradizione ». Ne dubito: un buon motivo, dunque per discuterne, benché questa nozione non possa essere utilizzata, a mio parere, per descrivere fenomeni come la fortuna del diritto romano in Occidente. Nelle sue mani la categoria consegnata da Eric Hobsbawm diviene un mero artificio retorico, nel senso deterioro del termine. La rimozione d'una memoria storica o l'enfasi su origini e antenati costituiscono l'indizio non d'eventi passati, ma d'eventi ancora in atto: la loro comprensione, tuttavia, non si promuove contrapponendo a una "tradizione" giudicata, a torto o a ragione, "inventata" una malamente contraffatta. Siamo sullo stesso piano d'un movimento politico, che, nel suo delirio sulle origini celtiche (un tema tipicamente razzista, vd. E. ZERUBAVEL, *Mappe del tempo. Memoria collettiva e costruzione sociale del passato*, tr. it. Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 11, 179 ss.), ha adottato, senza avvedersene, come propria bandiera un'insegna militare romana. Anche per costruire o inventare una tradizione occorrono solide basi d'erudizione.

Non comprendo, infine, perché il Monateri abbia voluto costantemente « prendere a gabbo » (come ha recentemente scritto A. GUARINO, *Salvate il soldato Ryan*, Napoli, Jovene, 2005, p. 6, consultabile anche nel sito <http://www.lacodadelloocchio.net>) il diritto romano e la storia antica in genere. Non sono il tono e il fine manifesto di questo scritto a suscitare fastidio, ma l'enorme congerie di sviste che emerge da ogni pagina. Di questo soltanto sono davvero stupito: a meno che, per il brillante comparatista torinese, il fine giustifichi i mezzi. Mi soffermo, a titolo esemplificativo, unicamente su due punti, per quanto, volendo, si potrebbe spigolare molto, troppo a lungo.

In P.G. MONATERI, *Gaio nero*, cit., p. 29 si legge che il « libro siro-romano di diritto era uno straordinario libro antico di diritto comparato sulle istituzioni siriane e romane ». Si tratta d'un grave errore, dal quale emerge inequivocabilmente che il Monateri non ha neppure consultato la traduzione latina [quella di Contardo Ferrini (e di G. Furlani)] di questo scritto nei *Fontes iuris Romani antejustiniani*, II², *Auctores, Liber Graeco-Syriacus iuris Romani*, pp. 751-798. Ma si v. ora W. SELB, *Sententiae Syriacae. Eingeleitet, herausgegeben, deutsch übersetzt, mit einem syrischen und griechischen Glos-*

sere se stessi nella tensione tra un classicismo da assimilare e una barbarie da civilizzare, del poter accedere a ciò che ci è proprio soltanto attraverso ciò che ci è straniero o anteriore » (68).

Filone d'Alessandria aveva colto quest'aspetto dell'egemonismo romano, scrivendo una frase che, alla luce di quanto finora s'è detto, non mi sembra sorprendente: « Augusto ha ellenizzato gran parte dei barbari d'Occidente » (69), ovvero li ha civilizzati.

sar versehen und kommentiert, Wien, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften, 1990, pp. 189 ss., con un'analisi delle fonti di questa raccolta: i Codici Gregoriano ed Ermogeniano, una costituzione di Leone I e, forse, estratti da opere dei giuristi.

In P.G. MONATERI, *u.o.c.*, pp. 58-64, si enuncia, coinvolgendo purtroppo anche P. VEYNE, *L'Impero romano*, in *La vita privata dall'Impero romano all'Anno Mille*, a cura di Ph. Ariès - G. Duby, tr. it. Roma-Bari, Laterza, 1986, pp. 118 ss, una singolare teoria sul processo e, in particolare, su quello formulare. Il Monateri non conosce l'esistenza del processo interdittale; nulla sa delle procedure esecutive che sostengono dall'esterno, attraverso l'intervento del pretore, l'*agere per formulas*; ignora la clausola arbitraria (*iussus de re restituenda*), e il suo regime, avanzando, in conseguenza, assurde considerazioni sul principio della condanna pecuniaria, che connota il processo formulare. Non dà vista di conoscere le nozioni fondamentali sul processo criminale e dimentica, in particolare, le *leges de vi*. In sostanza il Monateri, per descrivere il processo romano e avanzare ipotesi sconsiderate sulla genesi della "scienza giuridica romana", non ha ritenuto opportuno procurarsi neppure le informazioni che si ricaverebbero dalla lettura d'ogni manuale della disciplina.

(68) Vd. nt. 66.

(69) Philo Alex. *Legatio ad Caium* 147. Coglie puntualmente questo dato P. VEYNE, *L'Empire romain*, in *Le concept d'Empire*, a cura di M. Duverger, Paris, PUF, 1980, p. 123.

BARTOLOMÉ CLAVERO

BIOKO, 1837-1876:
CONSTITUCIONALISMO DE EUROPA EN ÁFRICA,
DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO
DEL TRABAJO MEDIANTE

*Francisco Tomás y Valiente (1932-1996), en memoria, al
décimo aniversario del asesinato.*

« Sea sentenciado a obras y trabajos duros y su ali-
mento sea yame y agua por un periodo de tiempo que
tuvieren a bien determinar el Gobernador y el Con-
sejo ».

Gobernador de Fernando Póo (Bioko)
y Consejo de Clarence (Malabo), 1843

1. Ubicación y propósito entre África, América y Europa. — 2. Leyes privadas para go-
bierno en Bioko. — 3. Tiempo constitucional: inclusión y exclusión no tan sólo del tra-
bajo. — 4. Disposiciones tomadas, suposiciones hechas, experiencias habidas. — 5. Reto constituyente: los derechos y las colonias, la propiedad y el trabajo. — 6. Aco-
modo constitucional: lugar de encuentro entre familia europea y trabajo indígena. — 7. Concurrencia colonial entre tribunales supremos y leyes privadas. — 8. Orden inter-
nacional, canon consuetudinario. — 9. Escritura y ordenamiento. — 10. Historia, colo-
nialismo, derecho. — 11. Antropología, representación, derechos. — 12. Moral del si-
lencio y responsabilidad de la escritura.

1. *Ubicación y propósito entre África, América y Europa.*

Me propongo aplicar la perspectiva constitucional, esto es la de
derechos de libertad, a la época más improbable, la decimonónica,
y al espacio más inverosímil, el colonial, respecto al objeto enton-

ces más imposible, el derecho del trabajo, durante un tiempo encima más bien exiguo, apenas unas décadas, por unas latitudes, para el colmo, no menos reducidas, las de una sola isla del Golfo de Guinea, Bioko, frente a Camerún junto al continente de África. Me ocupo de un capítulo de la historia de esa rama del derecho, la laboral, en un ordenamiento de Estado, el exterior español, pensando que tal vez esto interese de forma incluso neurálgica, internacionalismo mediante, a la deriva y suerte del constitucionalismo de derechos en España y en Europa, así vitalmente a nosotros, a la ciudadanía española y a la común europea. Digamos que procedo a un experimento. Bioko no figura como excusa limpia, pues es laboratorio ensangrentado (1).

« Virtually unknown even to Africanists, Equatorial Guinea... », es expresión que diera la bienvenida, hace un lustro, a alguna publicación sobre el Estado donde hoy, tras la descolonización y por efecto del colonialismo, se integra Bioko, el de Guinea Ecuatorial (2). Puede sin embargo que se trate de un buen observa-

(1) En la historiografía jurídica española e incluso europea, en estos ámbitos académicos, abre camino Carlos PETIT, *Detrimentum Rei Publicae. Constitución de España en Guinea*, en José María IÑURRITIGUI y José María PORTILLO (eds.), *Constitución en España. Orígenes y Destinos*, Madrid 1998, pp. 425-509, trabajo del que se cuenta con traducciones: Pietro COSTA y Danilo ZOLO (eds.), *Lo Stato di diritto: Storia, teoria, critica*, Milán 2002, pp. 566-613; Juan Carlos CARAVAGLIA y Jean-Frédéric SCHAUB (eds.), *Lois, Justice, Coutume. Amérique et Europe latines, 16^e-19^e siècles*, París 2005, pp. 249-305. Diligencia de sus curadores mediante, el volumen sobre *Orígenes y destinos de Constitución en España* procede de un seminario vasco en memoria de Francisco Tomás y Valiente, celebrado el año anterior de la publicación en el Instituto Internacional de Sociología del Derecho de Oñati.

(2) Thomas O'TOOLE, reseña de Max LINIGER-GOUMAZ, *Guinée Equatoriale: 30 ans d'État délinquant nguemista*, París 1999, en *The International Journal of African Historical Studies*, 33, 2000, p. 205, arranque del comentario. Buscando entre bases de datos de revistas científicas de todo tipo encuentro que la presencia informática de Bioko se manifiesta básicamente en el terreno de la medicina arrojándose la imagen de agente epidémico para riesgo de la humanidad. *An A-Z of African Studies on Internet* ofrece sitio de entrada a recursos directos sobre Guinea Ecuatorial, inclusive bibliografía algo anticuada cuando consulto (XII/05): <http://www.lib.msu.edu/limb/a-z/az.html>. La obra colectiva de arte mayor de la historiografía española ni siquiera le dedica un sencillo apartado, aunque fuese, al Golfo de Guinea durante el periodo que va a ocupar-

torio. La posibilidad cabe pese a que se le venga teniendo entre los supuestos menos atendidos y peor conocidos puertas afuera no sólo desde luego, si así fuere, por desidia y culpa de una historiografía de interés jurídico y responsabilidad política, la cual existe para el caso ⁽³⁾. Haciendo por nuestra parte el intento de estar alertas y ser responsables, comencemos por no asumir denominaciones anacrónicas, como la de *Guinea Ecuatorial* para el siglo XIX, igual que tampoco coloniales, como la de *Fernando Póo* para Bioko ⁽⁴⁾. Vamos a ocuparnos de derecho de esta isla por aquellos años o, más exactamente, de derecho que la tiene por destinataria y que lo produce España o sus autoridades coloniales. Ya hemos tenido, como encabezamiento, una muestra emanada del Gobernador de Fernando Póo, esto es la isla de Bioko, junto al Consejo de Clarence, es decir la localidad de Malabo ⁽⁵⁾.

nos: *Historia de España Fundada por Ramón Menéndez Pidal*, vol. 34, José María JOVER ZAMORA (ed.), *La Era Isabelina y el Sexenio Democrático, 1834-1874*, Madrid 1981.

⁽³⁾ De hecho ya había y pronto se sumaría alguna que otra novedad bibliográfica de interés bien sustantivo. Iré dosificando referencias. De momento y ante todo, aunque sólo fuera porque he contado con la valiosa asistencia directa de la autora para información y orientación no sólo históricas, permítaseme registrar a Alicia CAMPOS, *De colonia a Estado: Guinea Ecuatorial, 1955-1968*, Madrid 2002. Procede de un *Grupo de Estudios Africanos* cuya obra me ha prestado incentivo: Francisco Javier PEÑAS (ed.), *África en el sistema internacional. Cinco siglos de frontera*, Madrid 2000, con contribuciones de A. Campos, Antonio Santamaría, Juan Álvarez Cobelas, Itziar Ruiz-Giménez, Luís Rodríguez-Piñero y Pablo Gutiérrez-Vega.

⁽⁴⁾ Adrian ROOM, *African Placenames: Origins and Meanings of the Names for over 2000 Natural Features, Towns, Cities, Provinces, and Countries*, Jefferson 1994; el mismo, *Placenames of the World: Origins and Meanings of the Names of 6600 Countries, Cities, Territories, Natural Features, and Historic Sites*, Jefferson 2005, p. 58 y 221: tanto Bioko como Malabo (la británica Clarence e hispana Santa Isabel), resultan nombres de individuos, al igual que Fernando Póo, Fernando Po o Fernão do Pó (un oscuro aventurero portugués de allá por el siglo XV), éste último europeo como aquéllos africanos, bien que pudiera también ser al contrario para este otro caso, pues una persona puede recibir perfectamente el nombre de la tierra si pertenece a ella y no la bautiza para hacerla suya y dominarla.

⁽⁵⁾ Ni siquiera como Fernando Póo logra entrada Bioko en el campo de visión de Javier ALVARADO, *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar. La supervivencia del Antiguo Régimen en la España del XIX*, Madrid 2001, y no porque la categoría de *provincia* limite el espacio de observación, pues se extiende al caso, que nunca lo fuera, de Marruecos. Habremos por supuesto de interesarnos en la “codifica-

De entrada aquí va a interesarnos una rama de la historia jurídica, la del trabajo, en un ordenamiento europeo, el español, por unos medios dilatados, los de orden internacional y espacio incluso pluricontinental. Puede que dicha historia concreta de un derecho del trabajo se iniciara antes de pasarse el ecuador del siglo XIX, en una fecha un tanto o bastante más temprana de lo que suele actualmente figurarse. Suele mirarse tan sólo hacia el interior del Estado, exclusivamente a la metrópolis, al menos para un primer periodo de formación, hasta el establecimiento de la Organización Internacional del Trabajo ya entrado el siglo XX. La misma perspectiva exterior se introduce así como una instancia reformista a favor de quien trabaja que quizás no fuera la originaria en vertiente alguna, tampoco para el interior. Todo esto se figura por una historiografía que es manufactura de juristas con su confianza hoy proverbial en el oficio de la escritura cual fuente tanto del derecho como de su historia ⁽⁶⁾. Sobre tal base, sin atención a dimensiones consuetudinarias de unos regímenes laborales, puede y suele entenderse que un punto sostenido de arranque se situaría en momento avanzado, casi finisecular, de aquella centuria del calendario cristiano, la del XIX, o incluso, para un desarrollo normativo sistemático, entrándose en la siguiente de travesía apenas ahora cumplida, la del XX. Pues sólo distorsionan, obvio ahora a quienes se elevan en el tiempo haciéndose la ilusión de que esa rama del derecho, la laboral, cuenta con raíces medievales o hasta más antiguas desde luego europeas, esto siempre por supuesto. La historiografía general, incluso social, no ofrece de entrada mucha ayuda ⁽⁷⁾. La historia de

ción”, con comillas de impropiedad, del derecho colonial para el caso de Bioko junto a otras islas de la zona como *Territorios Españoles del Golfo de Guinea* en el XIX.

⁽⁶⁾ Con mero tanteo tan sólo de la dimensión constitucional en tiempo tal, que es el suyo, dirigiéndome a juristas, B. CLAVERO, *Institución de la reforma social y constitución del derecho del trabajo*, en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 41, 1990, pp. 2-25. En cuanto al término de contraste de la historiografía española del derecho del trabajo como factura de juristas, luego me referiré a la que tengo por mejor reconstrucción, la debida en 1987, a Antonio MARTÍN VALVERDE.

⁽⁷⁾ Las voluminosas actas de un congreso español de historia social dedicado al trabajo hace una década, a mediados de los noventa, que fuera muy concurrido, contienen páginas sobre época romana y, con una sección bien nutrida de treinta y siete

especialidad jurídica tampoco es que se muestre diligente para el ámbito que aquí nos interesa del derecho del trabajo en espacio colonial durante tiempo contemporáneo ⁽⁸⁾.

En el campo de un derecho laboral algo más madrugador de lo que habitualmente se imagina, pero no tanto como para elevarnos a tiempos góticos, vamos a encontrarnos también con un orden internacional de base colonial, pero orden al cabo, anterior por igual a lo que suele tomarse en consideración ⁽⁹⁾. Nos tropezaremos, por ejemplo, con una jurisdicción internacional, situada además por encima del orden constitucional de los Estados, prácticamente a la entrada del XIX, bastante anterior así a la fecha de finales de siglo, a caballo ya con el XX, que por lo usual se asigna a ese fenómeno. Nos toparemos con ella porque interesa precisamente al régimen del trabajo. No es de carácter consuetudinario ni mucho menos, pues se establece y regula por tratados de lo más formales, pero también habremos de plantearnos si no resulta postergada luego por una historiografía jurídica, la de factura por juristas, debido a que no se repara en el contexto de costumbres constitutivas del respectivo ordenamiento internacional. En todo caso, nos ocupamos aquí de tal orden supraestatal por la razón de que fuera el ám-

contribuciones sobre tiempo contemporáneo, ninguna que mire a la dimensión colonial: Santiago CASTILLO (ed.), *El trabajo a través de la historia*, Madrid 1996.

⁽⁸⁾ Para toque oportuno de atención, Udo WOLTER en colaboración con Paul KALLER, *Deutsches Kolonialrecht: ein wenig erforschtes Rechtsgebiet, dargestellt anhand des Arbeitsrechts der Eingeborenen*, en *Zeitschrift für Neueren Rechtsgeschichte*, 17, 1995, pp. 201-244.

⁽⁹⁾ También como mero tanteo, ahora de la dimensión colonial, B. CLAVERO, *Diritto della Società Internazionale*, Milán 1995 (sección a la postre de *Enciclopedia Tematica Aperta: Società Internazionale*, Milán 1997). Tomaré aquí el pulso en su momento a la historiografía del derecho internacional en estado de profundo cuestionamiento últimamente. Para España, por su práctica inexistencia, salvo retrospectivas ilusas, ofrece todavía alguna utilidad, aún sesgado en la vertiente política y, sobre todo, sumario para la jurídica, Jerónimo BECKER, *Historia de las Relaciones Exteriores Españolas durante el Siglo XIX (Apuntes para una Historia diplomática)*, Madrid 1924, vol. 1, pp. 423-441 y 685-694, reparando en tal jurisdicción internacional, que veremos en su momento. El Departamento de Historia Contemporánea de la Universidad Complutense de Madrid aloja una *Comisión Española de Historia de las Relaciones Internacionales* de iniciativas más discretas en resultados que en propósitos al menos por cuanto aquí va a interesarnos: <http://www.ucm.es/info/hcontemp/comision.html>.

bito de un derecho del trabajo y en la medida en que lo fuese. Constataremos que el asunto precisaría, por su relevancia entonces y su olvido hoy, de estudio específico para tiempo constitucional y con cuestionario también tal. Tampoco faltan hoy quienes quieren elevar el derecho internacional a tiempos góticos por no encararse con miserias contemporáneas, pero incluso la historiografía más centrada y competente para el siglo XIX no es que preste mucha ayuda para el caso concreto que va a ocuparnos, el de Bioko en el seno y por la red de un colonialismo español, europeo y hasta americano a lo ancho y largo de África⁽¹⁰⁾.

Aunque vamos también por nuestra parte a movernos entre regulaciones escritas, se verá por qué lo que estoy anunciando es un derecho del trabajo, además de internacional, consuetudinario, ambas cosas además a un tiempo. Es el campo donde plantearemos nuestras cuestiones constitucionales de derechos. Dicho mejor, es ámbito donde en la época y no siempre a la contra están presentes tales cuestiones de libertades. Constitución y costumbre marcarán las cotas medias, unas referencias nada extremas, ni siquiera la segunda, la consuetudinaria, para entonces, para tiempos que resultan de ascensiones en falso y descensos en firme entre constitucionalismo y colonialismo. Son los medios a los que estamos viniendo y por los que vamos a movernos⁽¹¹⁾. Tales dimensiones, la consti-

(10) H.L. WESSELING, *The European Colonial Empires, 1815-1919*, Londres 2004, no contiene mención de Bioko, bajo ninguno de sus nombres, ni siquiera en mapa.

(11) Con mudanza de laboratorio, desde Europa hasta África pasándose por América, para unos mismos experimentos de prueba histórica de libertades, exactamente los mismos como espero que se aprecie, este ensayo se comprende en el curso de los trabajos del Grupo de Investigación HICOES, *Historia Cultural e Institucional del Constitucionalismo en España* (proyecto actual SEJ2004-06696-C02-01), entre cuyos miembros figuran, limitándome a la relación de doctores por el orden no se sabe si neutral del abecedario, Alejandro Agüero, Paz Alonso, Carlos Garriga, Margarita Gómez, Marta Lorente, Fernando Martínez, Carmen Muñoz de Bustillo, José María Portillo, Carmen Serván y Jesús Vallejo. La extensión a América ya representó una revisión de nuestros presupuestos iniciales más atenedos a España: C. GARRIGA (ed.), *Istor. Revista de Historia Internacional*, 16, 2004, número monográfico sobre *Historia del Derecho*; B. CLAVERO, J.M. PORTILLO y M. LORENTE, *Pueblos, Nación, Constitución (en torno a 1812)*, Vitoria 2004. Como no dejaré de detallar, me ha permitido el acceso a nuevos materiales una estancia en la Universidad de Arizona (X-XII/05), gracias a un curso sa-

tucional y la consuetudinaria, tienen al menos algo en común. Siendo ambas, como veremos, claves, no son en nada centrales para la historiografía habitual de unos ordenamientos, ni del laboral ni del internacional, aún esto con todo el peso actual de los derechos humanos en uno y otro ámbito, no sólo en el segundo (12).

Va a tratarse de colación y cotejo entre constitucionalismo y consuetudinarismo si se me permiten las palabrotas de hasta nada menos que diecisiete letras. Supongo que el lector o la lectora previsibles saben de ambos, pero, en prevención de equívocos, no dejaré de explicar lo uno como lo otro. Se verá, ya lo advierto, que no es europeísmo ni africanismo de ningún tipo lo que se contraste ni confronte. Por ser de especialidad europeísta, la de una historia del derecho de matriz europea bien que se crea universal, y no africanista, me cuido de no confundir planos (13). Especialidad aparte, aquí no habrá más piedra de toque que la propiamente constitucional, esto es la de derechos de libertad de todos y todas. Dicho de otra forma, no va a tratarse en ningún momento de un test de rasoero europeo para derecho africano. Muy al contrario, se trata de hacer el intento de una ponderación de humanidad para un dere-

bático en la de Sevilla. Aquí me ha sido de especial utilidad para este trabajo la biblioteca de la Escuela de Estudios Hispanoamericanos.

(12) La indagación la emprendí como ofrenda a Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, quien reúne entre otros méritos profesionales, ciudadanos y personales el de haber sido ordinario del derecho del trabajo con orientación a libertades desde tiempos nada constitucionales por España, cuando fui alumno suyo en la Universidad de Sevilla. Fue el sucesor de Francisco Tomás y Valiente en la presidencia del Tribunal Constitucional. Actualmente, entre otras responsabilidades, pertenece al Comité de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo. En el homenaje de referencia, dada la limitación de espacio y la premura de tiempo propias del género, lo que se publica es una versión incipiente que resulta muy aligerada de aparato y apartados. Dedicándose el mismo justamente, quiero decir con justicia, a la dimensión constitucional del derecho laboral, me planteé el susodicho reto de la época más improbable, el espacio más inverosímil y el objeto más imposible, todo esto si para tiempo de constitucionalismo partimos, como parece que debemos, de derechos de libertad, veremos cuáles y cómo por la isla de Bioko.

(13) B. CLAVERO, *Europa hoy entre la historia y el derecho o bien entre postcolonial y preconstitucional*, en estos *Quaderni Fiorentini*, 33-34, 2004-2005, los dos números anteriores en una sola entrega, sobre colonialismo y derecho precisamente: *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*.

cho de Europa que además pasa antes por América toda, por Euroamérica, Afroamérica e incluso por Indoamérica, tanto la primera igualmente la latina como la anglo, y no sólo por el continente, sino también por unos archipiélagos. A más no pretendo que llegue mi ensayo. No alcanza a un derecho africano, ni lo intenta ni pudiera, pues ni siquiera he pisado Bioko (14).

No estoy jugando con vocablos ni con prefijos, con itinerarios ni con códigos, con espacios ni con tiempos, con cronologías ni con topografías. Espero que haya ocasión sobrada de comprobarse todo ello. Trato de tomarme en serio una historia de derechos de pocos en Europa porque puede todavía interesar a las libertades de todas y todos por doquier, también por África, comenzándose aquí por Bioko. Miro a unas responsabilidades no sólo de ayer, sino también de hoy. No caducan y son pródigas. Europa aquí es cifra de cultura, no de geografía. Espero que la conclusión de método no se entienda desproporcionada respecto a la limitación de objeto. La prueba está en la obra. Radica en sus cimientos. Así que procedo. Abordemos en fin sin más preámbulo el experimento de laboratorio prestado, agenda movida y derecho problemático (15).

2. *Leyes privadas para gobierno en Bioko.*

La anticipación susodicha del arranque de un derecho del trabajo puede que no revistiera mayor interés si no fuera por el esce-

(14) Para la conveniente, si no debida, localización, hago constar que, por motivo de relación familiar, mis primeras lecturas de derecho respecto a Guinea consistieron, cuando estudiante, en las notas de Pedro SALVADOR DE VICENTE sobre *Derecho Consuetudinario* y *Concepto de Colonia* publicadas años antes en la primera época, la del primer franquismo, de la *Revista de Estudios Políticos* y en su suplemento de *Cuadernos de Estudios Africanos*. Hay ahora edición en DVD, 2005, del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, antes Instituto de Estudios Políticos, bien que el escaneo por autores no conduzca hasta reseñas en la *Revista* ni tampoco a trabajos en los *Cuadernos* reproducidos, los que aparecieron como suplementos. De los mismos hay prevista edición más completa en DVD propio.

(15) Prosiógo una línea de indagación y reflexión entre historia y derecho, derecho e historia: B. CLAVERO, *Genocidio y Justicia. La Destrucción de Las Indias, Ayer y Hoy*, Madrid 2002.

nario donde se produce. Estamos en una colonia. Nos encontramos en *Territorios Españoles del Golfo de Guinea* y es de España de donde procede la disposición escrita. La compilación más autorizada y completa, hasta 1944, de derecho destinado al África del área guineana bajo dominio español, las *Leyes Coloniales* como se titulan, presenta una primera entrada con epígrafe de *Trabajo Indígena* en 1845. El mismo concepto remite en el índice de materias a una disposición aún anterior, de 1843, por versar ésta sobre *Descanso Dominical*. He ahí el arranque al que me refiero ⁽¹⁶⁾. Hacia mediados del siglo XIX, antes incluso de cruzarse este ecuador convencional, nos encontramos con el indicio por escrito de la existencia de un derecho del trabajo que resultará además consuetudinario y como tal anterior, bastante anterior, al que suele tomarse en consideración. La historia del ordenamiento laboral puede en efecto que tenga un pedigrí inesperado de significación superior a la previsible.

La disposición sobre descanso dominical es tan sólo un capítulo, con alusión tangencial al trabajo, de una de carácter bastante más general para el gobierno español por tales latitudes, en trance él mismo de nueva tentativa de establecimiento, pues ya la había

⁽¹⁶⁾ Agustín MIRANDA JUNCO (ed.), *Leyes Coloniales (Legislación de los Territorios Españoles del Golfo de Guinea)*, Madrid 1945, con buenos índices, tanto el de materias como el cronológico, que pueden ahorrarnos la remisión particularizada cada vez que cite por esta compilación; salvo indicación en nota, las disposiciones consideradas proceden de ahí. El editor, literato canario, es decir euroafricano, y abogado del Estado, estuvo a la cabeza de la Secretaría General de los Territorios Españoles del Golfo de Guinea, donde se fraguó la compilación, con lo que pudieran ser conceptos operativos de archivo sus calificaciones por materias, como la de *Trabajo Indígena* que nos servirá de guía o la de *Administración Local* para todo un estatuto orgánico según veremos. El mismo título de *Leyes Coloniales* para una colección que contiene todo menos *leyes*, como comprobaremos con creces, no es invento que date de 1945. Sebastián LLOMPART (ed.), *Legislación del Trabajo de los Territorios Españoles del Golfo de Guinea*, Madrid 1946, no contiene disposiciones del siglo XIX. *Legislación referente a Territorios Españoles del Golfo de Guinea (Años 1777 a 1867)* es compilación no impresa que obra en la Biblioteca Nacional de Madrid, África C 7127/10 y 7139/23, original y copia mecanoscritas, con la única diferencia de anotaciones a mano en la primera señalando la sucesión de gobernadores coloniales. En su momento intentaré situar esta otra compilación, la inédita, pues puede ser clave para nuestro asunto de constitucionalismo de Europa por África.

amagado sin rastro de normas, al menos público, décadas antes. Se presenta la disposición general como colección de *Leyes y Ordenanzas para el Gobierno Local y Orden de la Colonia*. Ley aquí, conforme a las propias manifestaciones protocolarias, no es término que adopte un significado constitucional de procedencia de las Cortes o parlamento español. En el mismo preámbulo se presentan también como *leyes privadas*, leyes algo así como particulares, domésticas o familiares, igual todo esto que la propiedad por entonces. Podrían ser incluso costumbres. Ya veremos. Vamos por partes. Aprueba, como sabemos, dichas normas, ese *orden de la colonia* en su reducción por escrito, el Consejo de Clarence, Malabo, cuyos miembros acaban de ser nombrados por el Gobernador de Fernando Póo, Bioko, de nombramiento a su vez este gobernador precedente de « S.M.C. », Su Majestad Católica, el ejecutivo español a fin de cuentas, última o primera autoridad entonces, todo esto de la determinación normativa a la luz del propio preámbulo de tales *leyes y ordenanzas* coloniales, *leyes privadas*.

Me estoy refiriendo por supuesto a planteamientos oficiales del *orden de la colonia*. Tanto Bioko o Biyogo para la isla, como por su parte, para la localidad, Malabo, pueden perfectamente constituir denominaciones anteriores a todo el resto y cuyo uso no tiene por qué sufrir sobre el terreno las bruscas discontinuidades de unos lenguajes coloniales⁽¹⁷⁾. Que nos ocupemos aquí en exclusiva de derecho de parte y perspectiva colonial no significa que derechos no los haya más propios por el Golfo de Guinea, sino tan sólo que yo los ignoro. Su conocimiento resulta más que arduo incluso para quienes conocen, lo que no es mi caso, lenguas y culturas africanas,

(17) Compárense unas latitudes americanas donde la toponimia quiché no cede a la superposición ni de otra lengua indígena, el náhuatl, ni de una lengua colonial, el español, empeñada ésta además en endosar por doquier a sitios habitados y no sólo a personas nombres del santoral cristiano: Efraín TZAQUITZAL, Pedro IXCHIU y Romeo TIU, *Alcaldes Comunales de Totonicapán, Alcaldes Comunales de Chwimiq'ina*, Ciudad de Guatemala 1998, localidad vecina a la quiché Xelajú, nahua Quetzaltenango y nombre de santo olvidado, todo ello para una misma ciudad, Xela más coloquialmente, prevaleciendo así la lengua viva primera en el tiempo. Son cosas que se aprenden a ras de tierra y pateando el terreno, lo que ya he dicho que no es mi caso respecto a Bioko. El tópico ubicuo de que Malabo es de fundación británica con el nombre así entonces originario de Clarence, si algo muestra, es la persistencia de la presunción colonial.

como la bubi de Fernando Póo o, dicho mejor pues es la denominación para sus hablantes, adiyah de Bioko, o de Eri que también llaman a la isla ⁽¹⁸⁾. Ni siquiera la antropología experta o la ciencia política avezada en este tipo de sociedades consiguen reconstruir una historia que atraviesa el padecimiento del colonialismo ⁽¹⁹⁾. No se olvide de todas formas, para la totalidad de lo que sigue, que *gobierno local* y más que local no era exacta ni exclusivamente el de unas *leyes y ordenanzas* coloniales, pues el colonialismo viene a superponerse e imponerse sobre sociedades estructuradas. A menudo todavía se olvida esto tan sencillo de que la humanidad indígena existe, actúa y produce derecho, y de que es el colonialismo el que genera realidades de sometimiento e imágenes de deficiencia para la parte colonizada ⁽²⁰⁾. De esta parte, derecho se tiene y mantiene

⁽¹⁸⁾ Puede compararse Frederic C. SCHAFER, *Democracy in Translation: Understanding politics in an unfamiliar culture*, Ithaca 1998, pues muestra lo que se altera la perspectiva, también la histórica, con sólo atenderse a lenguas no europeas, como el wolof en el caso que estudia, el de Senegal. Hay tanto *lost in translation* también de la lengua africana a la europea y no sólo, como suele darse por hecho en medios académicos, a la inversa, bien que la mayor pérdida se produce desde luego cuando la traducción, por la ignorancia de lenguas, ni siquiera puede intentarse.

⁽¹⁹⁾ Mahmood MAMDANI, *Citizen and Subject: Contemporary Africa and the Legacy of Late Capitalism*, Princeton 1996, considerando en particular la desfiguración colonialista de un derecho consuetudinario de la parte colonizada. La aplicación de la advertencia al supuesto de Bioko en términos metodológicos la efectúa, tras una serie de trabajos conducentes a este libro, Ibrahim K. SUNDIATA, *From Slaving to Neoslavery: The Bight of Biafra and Fernando Po in the Era of Abolition, 1827-1930*, Madison 1996, p. 13: « We should remember that reconstructing the past from the *anthropological present* is always fraught with difficulties. In Africa this is perhaps nowhere more true than on Fernando Po where an eventual tide of European cultural imperialism engulfed the inhabitants, obscuring old values and traditions. For the Bubi, one of the most isolated peoples of Bantu Africa, change in the nineteenth century was momentous ». *Bubi*, significando *hombre*, no sé si con acepción fuerte de género como la traducción entonces por Europa, para una de las derivaciones del bantú en Bioko, se aplica como término exterior, europeo, de identificación de la humanidad de la isla al menos desde la primera mitad del XIX. Para introducción a la lengua adiyah: http://www.ikuska.com/Africa/Lenguas/bubi_fram.htm o también, pues conduce a un mismo sitio, <http://www.bisila.com>. Aunque a veces las denominaciones llegan a equipararse, la *Bight of Biafra* se localiza en la zona septentrional del Golfo de Guinea cuya isla mayor es Bioko.

⁽²⁰⁾ Para el caso, la advertencia tan primaria como necesaria tampoco falta, res-

propio, no derivado, aunque la visión colonialista ayer lo ignore y este ensayo no sirva hoy para remediar el desconocimiento. Ahora al menos, más que en la ignorancia, el problema puede estar en la inconsciencia. Veremos de qué parte quedan las costumbres constitutivas de un derecho del trabajo.

Si hemos de hablar de trabajo y de derecho reduciéndonos a testimonios escritos en lengua europea por aquella época de mediados del siglo XIX, ha de interesarnos previamente, de haberlas o también de andar implícitas, las referencias y conexiones constitucionales de tal ordenamiento de parte colonial. Ante constancias como esa de la peculiar categoría normativa de *leyes privadas*, bien extraña para una perspectiva constitucional, no pensemos que aquel derecho se planteaba al margen de Constitución. Incluso de entrada, resulta al contrario. Entre las primeras normas hay alguna con reconocimiento explícito del orden constitucional para el caso de la colonia. En el mismo año de 1845 y el mes de septiembre, una *ley colonial*, en realidad decreto del ejecutivo metropolitano (« ha resuelto Su Majestad oído el parecer del Consejo de Ministros »), dispone lo siguiente respecto a una presencia anglosajona, la de unas misiones cristianas protestantes, baptistas en concreto, las que se dicen *anabaptistas*, no se nos especifica si de procedencia británica o estadounidense:

« Considerando que por la Constitución política de la Monar-

pecto a momento previo y así de entrada, por parte de I.K. SUNDIATA, *From Slaving to Neoslavery*, p. 5: « The island's pre-nineteenth-century history is not the history of alien colonization. Rather, it is the story of the repulse of that colonization by the indigenous and the environment », insistiendo luego más en lo segundo que en lo primero, en la resistencia de naturaleza más que en la de humanidad, por no intentar otros medios de conocimiento que los que pasan por el colonialismo una vez que se desautoriza, como acabamos de ver, la antropología retrospectiva. Como ya también he señalado, mi desconocimiento de campo me veda de raíz la posibilidad de contar con otro acceso que el colonial y, por añadidura, textual. Soy consciente de que el descarte de la antropología retrospectiva o ascendente en el tiempo como método histórico puede ser también coartada de la falta o de la insuficiencia de interlocución en el presente y lo primero sobre todo en un caso nada inusual en la academia, el de dicha ignorancia supina de lenguas de matriz no europea. Citaré algún ejemplo, referido a esclavitud en América, de buen funcionamiento del método ascendente. Y acabaré reflexionando sobre este asunto de metodología que por lo visto importa a la historiografía.

quía española la Religión Católica, Apostólica, Romana es la única religión admitida en el Estado, que la predicación que en dichas islas [Fernando Póo y Annobón] ejercen dichos misioneros anabaptistas está expresamente prohibida por la ley fundamental, y que el Gobierno español se haría criminal ante la ley tolerando en los dominios de España otra religión que no sea la Católica, Apostólica, Romana... ».

Lo que en consecuencia se resuelve por esta disposición de entrada es la expulsión y la expropiación, los bienes inmobiliarios de carácter rústico además sin compensación alguna: « No se comprenderá por ningún título el valor de las tierras, que los misioneros suponen haber comprado, por no aparecer esto ni legal ni exacto », lo cual se presume de esta forma que no admite alegación de parte ni verificación judicial alguna. Resulta de lo más contrario desde luego a presupuestos constitucionales, pero es la Constitución lo que como motivación puede verse que se invoca. En definitivas cuentas, pudiera ser que tal misma referencia constitucional de estilo tan genérico resultase un tanto problemática e incluso gratuita, mas de esto me ocuparé luego. Actuaciones tan expeditivas se situaban en concreto entre las Constituciones metropolitanas de 1837 y 1845, las cuales no parece que las cubriesen directa ni limpiamente. Ya veremos como digo. En todo caso ahí está, como pie preciso de entrada, la invocación de Constitución. Ahí se tiene *la Constitución política de la Monarquía española* cual *ley fundamental* que preside nominalmente el establecimiento de un orden colonial entre cuyas primeras manifestaciones las hay que interesan al *trabajo indígena* por algo más que por el descanso dominical.

La tempranísima preocupación por este receso del trabajo en una determinada jornada de la semana responde a la misma motivación religiosa: « Puesto que el domingo es un día respetado y observado de una manera decorosa y decente en todos los países cristianos... », se procede a la imposición de su celebración. A tenor de la letra de la disposición, lo que interesa a un posible derecho del trabajo no es en exclusiva o ni siquiera exactamente lo que se indica al cabo de un siglo en un índice de materias, lo del descanso, sino otra cosa, la disciplina en concreto. El quebrantamiento de la fiesta cristiana se penaliza con multas o, sin intervención judicial tampoco en momento alguno, con prestación de trabajo en los res-

tantes días de la semana cuyo tiempo y régimen, a la tercera transgresión, queda a la pura discreción de la autoridad ejecutiva colonial, « como el Gobernador y el Consejo juzgasen mejor ordenar » o, según se dice para otros supuestos transgresivos, « más conveniente disponer ». Ya que se ha invocado la Constitución en este arranque normativo, podríamos plantearnos al efecto la misma cuestión de constitucionalidad. ¿Qué cobertura de Constitución se tiene para llegar a ese término de prestación forzosa de trabajo sin control judicial además alguno? Ya veremos como vengo diciendo. Espero no dejar de responder a ninguno de los aplazamientos a los que estoy recurriendo.

La primera disposición de 1845 a la que se le endosa un siglo más tarde, si no antes, el epígrafe explícito de *Trabajo Indígena* consiste en una circular del Ministerio de Estado, el de asuntos exteriores, en forma de real orden comunicándose entre consulados españoles « el pensamiento de fomentar la colonización » de las islas de « Fernando Póo y Annobón » con « la gente libre de color » de Cuba para que así se introdujera por el Golfo de Guinea « el idioma español, la religión y los usos » propios del catolicismo (21). Esto se dispone « atendida la calidad y el número de la gente libre de color existente en esa Antilla », así como pendientes de « los justos temores que son consiguientes al excesivo número de gentes de color » por uno u otro hemisferio. Se está pensando al tiempo en desafricanizar Cuba (22), en *blanquearla* como por entonces se

(21) Rodolfo SARRACINO, *Los que volvieron a África*, La Habana 1988. La transferencia de población entre Cuba y Bioko dejaría huella, bien que un tanto diversa a la programada: Ackbar ABBAS y John Nguyet ERNI (eds.), *International Cultural Studies: An Anthology*, Malden 2005, p. 372.

(22) José L. FRANCO, *Revoluciones y conflictos internacionales en el Caribe, 1789-1854*, La Habana 1965, pp. 160-161, por la cita de una orden del Ministerio de Marina español en 1836 disponiendo que « se observen invariablemente los tratados relativos a la abolición del tráfico de negros y contribuya al aumento de la población blanca », uno más entre abundantes testimonios en tal sentido de fuente oficial, pues ya veremos otra cosa respecto a tratados. Con el precedente de Haití y con la propia esclavitud, la africanización de Cuba era temor compartido en sectores esclavistas y gubernamentales de los Estados Unidos incluso imputándosele en momentos a España eso mismo, el proyecto opuesto a la desafricanización, para mover a medidas preventivas: C. Stanley URBAN, *The Africanization of Cuba Scare, 1853-1855*, en *The Hispanic American Histo-*

decía con expresión que se acuñó de cara no sólo a la presencia africana, sino también y ante todo frente a los pueblos indígenas en América (23). La circular por su parte pone todo su empeño en marcar las distancias con la práctica del tráfico de la esclavitud:

« Se ha dignado autorizar a V.E. (Vuestra Excelencia) para permitir la traslación a las referidas islas españolas del Golfo de Guinea de todos los negros y mulatos libres que espontánea y voluntariamente apetezcan hacer esta emigración, con tal que por su proceder observado hasta el día inspiren la debida confianza; debiendo, los que se decidan a esta traslación, verificarla s su costa ».

Tratándose de Cuba, con el contraste marcado de la calificación de libertad para gente de procedencia africana, se nos hace patente que ya había desde tiempo anterior en el sistema español por la vía colonial algún equivalente a un derecho del trabajo, el régimen de la esclavitud incluso reglamentado por escrito desde algún momento en algo (24), veremos por qué nunca en todo ni en buena parte. A lo que ahora estamos, si fuera cuestión de orígenes, los de un orden laboral, habría desde luego que remontarse algún que otro siglo todavía. He ahí, con toda la historia de domesticación de trabajo humano a sus espaldas, qué otra cosa sino un ordenamiento del trabajo, bien que por derecho de la propiedad. El establecimiento del colonialismo británico por la zona, inclusive durante al-

rical Review, 37, 1957, pp. 29-45. El temor de « la dominación de los negros y mulatos » a partir del foco haitiano, de « un gobierno estúpido, insignificante, impotente, de orangutanes », atraviesa otros medios, los no africanos, de toda la zona: el mismo J.L. FRANCO, *Revoluciones y conflictos internacionales en el Caribe*, pp. 124 y 171 para las susodichas expresiones de época. Pues el asunto no deja de comparecer en la correspondencia diplomática entre continentes, véanse también las referencias a *Africanization of Cuba*, sucintas pero acusando honda preocupación, a través del *Index* de materias de James J. BARNES, *Private and Confidential: Letters from British Ministers in Washington to the Foreign Secretaries in London, 1844-1867*, Selinsgrove 1993.

(23) B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley 2005, pp. 73-76 y 81. Es libro compuesto por trabajos previamente editados en estos *Quaderni Fiorentini*, 30, 2001, pp. 81-135, y 32, 2003, pp. 175-290.

(24) Manuel LUCENA, *Los Códigos negros de la América española*, Alcalá 1996, con tales normas en apéndice. Luego me referiré a ellos, a tales *códigos* adjetivados como *negros* de un modo que, por acorde con su propio lenguaje, no deja de ser espinoso.

gunos años de la primera mitad del siglo XIX en la isla de Bioko, venía impulsando, desde 1807, la política contraria primero al tráfico y, tras 1833, a la esclavitud misma, así como intentando encontrar modos sustitutivos de subordinación estricta, no menos rigurosa, del trabajo africano a la propiedad europea. Para la parte británica que marcaba pauta colonial, como veremos, en ningún momento se trataba de la transición expedita entre esclavitud y libertad ⁽²⁵⁾.

Reintentado España establecerse en la isla de Bioko y aun manteniendo por la zona todavía por su parte el tráfico de la esclavitud, ya es así también otro el derecho del trabajo, no exactamente el esclavista, que se plantea ahora. Se piensa en periplos de vuelta a África para clarear territorios de América de cimarrones y libertos, para blanquearse aquel otro continente, siguiéndose en esto la pauta que estaba marcándose desde los Estados Unidos con la fundación, cercana en tiempo y espacio, de la colonia afroamericana que adoptó el nombre primero de Cristópolis y enseguida de Liberia, ciudad de Cristo y destino de libertad. Se desarrollaba además una iniciativa similar del colonialismo británico por tierras vecinas, en Sierra Leona. El empeño misionero de cristianismo en la zona, con fuerte presencia de la iglesia baptista, podía ser por entonces de procedencia fundamentalmente estadounidense. Los sujetos colonialistas en juego no sólo van a ser el español y el británico. Podrá concurrir incluso el afroamericano retornado ⁽²⁶⁾. Con Liberia

⁽²⁵⁾ En general, Robin BLACKBURN, *The Overthrow of Colonial Slavery, 1776-1848*, Londres 1988, el tratamiento más completo, aunque poco atento a dicho detalle de la transición; en particular y también por la observación de un resultado que no es precisamente de libertad y sobre el que habrá aquí de abundarse, I.K. SUNDIATA, *From Slaving to Neoslavery*, citado y que se citará.

⁽²⁶⁾ James W. St. G. WALKER, *The Black Loyalists: The Search for a Promise Land in Nova Scotia and Sierra Leone, 1783-1870*, New York 1976; Sylvia M. JACOBS (ed.), *Black Americans and the Missionary Movement in Africa*, Westport 1982 (particularmente pp. 63-76: Sandy Dwayne MARTIN, *Black Baptists, Foreign Missions, and African Colonization, 1814-1882*); Amos J. BEYAN, *The American Colonization Society and the Creation of the Liberian State: A Historical Perspective, 1822-1900*, Lanham 1991; Lamin SANNEH, *Abolitionists Abroad: American Blacks and the Making of Modern West Africa*, Cambridge 1999; Catherine REEF, *This Our Dark Country: The American Settlers of Liberia*, New York 2002; Claude A. CLEGG III, *The Price of Liberty: African*

precisamente se realizarían de parte española primero expediciones y luego convenios para traslado a sus colonias de trabajo cristopolitano y libre, esto al menos, según vamos a poder constatar, en términos comparativos con la esclavitud estricta. Haberla, hayla y no hayla. Y sobre Sierra Leona también habremos de ver algo. Son cosas de la colonia que produce la metrópolis con efecto continuo de repercusión sobre sí misma (27). De entrada vayamos advirtiendo que, aun para centrarnos en el régimen de trabajo en Bioko, el recorrido ha de ser tricontinental, porque tal fuera en realidad su espacio (28).

Flanqueado tanto por religión como por propiedad, por iglesia como por colonos, tampoco operaban desde luego a solas los Estados, pero un derecho del trabajo ya no esclavista no parece que se tuviera de momento interés en definirse claramente por parte colonialista alguna, ni política ni religiosa, ni propietaria ni constitucional o así llamada. Podía darse sin mayor problema por supuesto. Veremos cómo y con qué alcance. De eso se trata. Estamos haciéndonos con elementos para observar un derecho laboral en un contexto colonial con el fin de considerar la implicación constitucional. Tal es mi intento (29). El acceso de estudio que planteo no conduce

Americans and the Making of Liberia, Chapel Hill 2004. No faltan introducciones en la red: <http://www.loc.gov/exhibits/african/afam002.html>, <http://www.toptags.com/aama/events/acs.htm>; ni datos en crudo: <http://dpls.dacc.wisc.edu/Liberia>. Para momento ulterior, pero interesando a la caracterización colonialista de aquellas empresas de cara a África, Tunde ADELEKE, *UnAfrican Americans: Nineteenth-Century Black Nationalists and the Civilizing Mission*, Lexington 1998.

(27) Para momento ulterior, como el de las relaciones laborales más formales, por así llamarlas, con Liberia, pero interesando neurálgicamente al nuestro, según veremos, A. CAMPOS, *Colonia, Derecho y Territorio en el Golfo de Guinea. Tensiones del colonialismo español en el siglo XX*, en la referida entrega sobre colonialismo y derecho de estos *Quaderni Fiorentini*, 33-34, 2004-2005.

(28) Destacando fuertemente esta circunstancia a menudo postergada por las historiografías de unas como de otras latitudes, David Brion DAVIS, *Looking at Slavery from Broader Perspectives*, en *The American Historical Review*, 105, 2000, pp. 452-466, seguido además por comentarios y desarrollos, pp. 467-484: Peter KOLCHIN, *The Big Picture*, Rebecca J. SCOTT, *Small-Scale Dynamics of Large-Scale Processes*, y Stanley L. ENGERMAN, *Slavery at Different Times and Places*.

(29) Lo ha sido más amplio de materia o más extenso en el tiempo de algunas

tan sólo, por medio del régimen laboral aplicado a indígenas, al derecho colonial, sino más allá todavía, a través de ambos elementos, a problemática de orden constitucional para la colonia misma y en último o primer término, según siempre se mire, para la propia metrópolis, así como, por si fuera poco, al ámbito que ya se decía internacional de relaciones entre Estados. Y conduce con todo ello, entre colonialismo y constitucionalismo, hasta el presente. He ahí el entramado de factores donde se ubica el objeto y cifra el objetivo de este ensayo.

3. *Tiempo constitucional: inclusión y exclusión no tan sólo del trabajo.*

La invocación de la Constitución para el derecho colonial entre los concretos textos constitucionales de 1837 y 1845 puede en efecto que tuviera algo de problemática y bastante de gratuita. Hemos visto que se hacía en el momento de adoptarse la decisión de la expropiación expeditiva de misiones protestantes como si fuera un compromiso firme para España por su alcance netamente constitucional, tanto que no dependía de un texto en particular que ni

tesis doctorales inéditas la mayoría. Lo está, y no la he visto, la de Gonçal SANZ CASAS, *Política colonial y organización del trabajo en la isla de Fernando Póo, 1880-1930*, Universitat de Barcelona, 1983, salvo la publicación de algún artículo (*Los finqueros y el uso del trabajo forzado en la agricultura colonial de la isla de Fernando Póo*, en *Arxiu d'Etnografia de Catalunya. Revista d'Antropologia Social*, 3, 1984, pp. 121-136). De otra prefiero decir que tampoco la he visto: Antonio M. CARRASCO, *Derecho colonial y su aplicación al origen del ordenamiento español en Guinea, 1777-1858*, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2005, con algún artículo en su caso anticipado, que citaré. La de María Dolores GARCÍA CANTÚ, *Fernando Póo, una aventura colonial española en el África occidental, 1778-1900*, Universitat de Valencia, 2003, se tiene en internet: http://www.tdx.cesca.es/TESIS_UV/AVAILABLE/TDX-0127105-131719//garcia.pdf. Aún citaré algunas otras tesis doctorales igualmente no impresas. Para el tiempo que vamos a considerar, la mejor introducción de carácter general, aparte contaminación residual de terminología colonial, es la que ofrece M.D. GARCÍA CANTÚ, *Fernando Póo, una aventura colonial*, de disposición libre en pantalla como acabo de decir. Una vertiente que aquí nos va interesar especialmente, la trilateral entre Gran Bretaña, España y Estados Unidos por lo que importa además a régimen laboral subsiguiente a la esclavitud, es la más descuidada.

siquiera se alegaba. ¿Era tan categórica la posición de *la Constitución política de la Monarquía española*, de esta *ley fundamental* como también se le decía? El punto general del orden constitucional conviene que se considere antes de proseguir con normas sobre el *Trabajo Indígena*. Aquí especialmente nos interesan los tests de constitucionalidad a los que no debe escapar, ni ayer ni hoy, el derecho del trabajo, sea posible o imposible, metropolitano o colonial, estatal o internacional ⁽³⁰⁾.

La Constitución vigente entonces, cuando se quiere impulsar la incorporación de aquella isla del Golfo de Guinea y la accesión consiguiente, por así decirse para unos términos políticos, de las misiones baptistas si ya habían hecho acto de presencia, era la de 1837. La misma distaba mucho de establecer confesión religiosa de forma tan excluyente como se hiciera respecto a tales destacamentos protestantes, pues, cuidando el lenguaje, se limitaba a obligar al Estado, y no a la Nación, al mantenimiento de la religión profesada en España, la católica. Por otra parte, la Constitución amparaba la propiedad, prohibiendo la expropiación sin causa ni compensación, bien que esto a su vez tan sólo se declarara a favor del ciudadano, el español ⁽³¹⁾. ¿Podía entenderse el silencio como exclusión en una Constitución que tomaba como base de partida el registro de derechos? De hecho, se había entendido inicialmente de otro modo. La primera declaración de la primera disposición dirigida al Golfo de Guinea a principios de marzo de 1843 marcaba un objetivo que se atenía en mayor medida al espíritu de la Constitución vigente, la de 1837, aunque no la invocase:

« Asegurar a cada persona o personas su libertad, su prosperidad individual y su religión, mientras que continúen obedeciendo a las leyes de la colonia ».

⁽³⁰⁾ Para las evoluciones textuales que entramos a ver, puedo remitir, aun con su descuido de la dimensión colonial, a B. CLAVERO, *Manual de Historia Constitucional de España*, Madrid 1989. Los textos constitucionales se tienen ahora a golpe de tecla: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/constituciones>.

⁽³¹⁾ Constitución 1837, arts. 10: « No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización »; 11: « La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la Religión Católica que profesan los españoles ».

Por cuanto veremos, obsérvese de paso que, pues la referencia se hace en términos de continuidad, se daban así de entrada por existentes unas *leyes de la colonia*, quizás las *leyes privadas* que enseguida se especificarían y también algunas más tocantes a trabajo, no así en todo caso unas leyes genéricamente españolas como con anterioridad tampoco parece, por la forma de la referencia, que el ordenamiento colonial hubiese sido el británico de la metrópolis. Son extremos que habremos de comprobar. En cuanto a propiedad en particular y a derechos en general, la disposición española que proscribía toda religión salvo la católica y expropiaba, entendiéndose que en consecuencia constitucional, a misiones protestantes se producía a finales del mes de septiembre de 1845. En el giro de un par de años se ha producido en esta metrópolis, España, un cambio de Constitución que puede interesar al planteamiento del derecho colonial.

En el mes de mayo de 1845 había entrado en vigor una nueva Constitución que mantenía textualmente el encabezamiento del registro de derechos y reproducía literalmente el artículo sobre la propiedad de la Constitución anterior. Una alteración venía acto seguido. Los términos del compromiso con una religión y una iglesia se modificaban. Ahora se declara católica la Nación misma comprometiéndose por ello al Estado al mantenimiento de la correspondiente religión ⁽³²⁾. Bajo este texto pudo imponerse la confesionalidad en Guinea hasta el extremo de ofrecer cobertura a la expulsión y expropiación de misioneros protestantes como si la decisión fuera constitucionalmente obligada. Aunque estas Constituciones contemplaran la responsabilidad específicamente penal de los Ministros del Gobierno aforándola ante las Cámaras de las Cortes ⁽³³⁾, no había base para concebirla en el grado que se preten-

⁽³²⁾ Constitución 1845, arts 10: « No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y ningún español será privado de su propiedad sino por una causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización »; 11: « La Religión de la Nación española es la católica, apostólica, romana. El Estado se obliga a mantener el culto y sus ministros ».

⁽³³⁾ Constitución 1837, art. 40.4, y 1845, art. 39.3: « Además de la potestad legislativa que ejercen las Cortes con el Rey, les pertenecen las facultades siguientes: Hacer efectiva la responsabilidad de los Ministros, los cuales serán acusados por el Con-

diera caso de no defenderse a ultranza la exclusiva católica, esto es, en la forma como se ha dicho para expulsarse y expropiarse a protestantes: « El Gobierno español se haría criminal ante la ley tolerando en los dominios de España otra religión que no sea la Católica, Apostólica, Romana ». Este argumento constitucional de orden penal resultaba, con toda su prestancia retórica, llanamente inverosímil ⁽³⁴⁾.

La previsión religiosa de argumento constitucional quería hacerse efectiva de inmediato. Se añadían sobre la marcha disposiciones del estilo de dotar de presupuesto público a la orden de los jesuitas para la organización de misiones funcionales al colonialismo español, bien que sin éxito presto. De hecho, la misma expulsión de las misiones baptistas, que eran de procedencia estadounidense más que británica por aquella zona, se demoraría todavía algunos años hasta doblado el siglo, no efectuándose una sustitución tan inmediata por misiones católicas. Mas la competencia cristiana se planeó y el desplazamiento protestante se produjo ⁽³⁵⁾.

greso y juzgados por el Senado », tras otras tres u otras dos, pues la segunda de esas Constituciones, sistemáticamente a la baja, suprime una de las facultades que aquí no viene al caso. *Cortes* significa parlamento en el español europeo, mientras que en el latinoamericano, como sus equivalentes en algunas otras lenguas, se refiere a organismos de justicia.

⁽³⁴⁾ C. GARRIGA y M. LORENTE, *Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la Administración, 1812-1845*, en J.M. INURRITEGUI y J.M. PORTILLO (eds.), *Constitución en España*, pp. 215-272, para el contexto jurídico de la inverosimilitud constitucional. Carlos Garriga y Marta Lorente preparan un volumen de recopilación de sus trabajos en común interesantes al arranque constitucional.

⁽³⁵⁾ Tomás L. PUJADAS, *La Iglesia en Guinea Ecuatorial*, vol. I, 1827-1859, Fernando Póo-Madrid 1968. Pueden sumarse testimonios personales: José IRISARRI S.J., *Misión de Fernando Póo, 1857*, eds. Jacint CREUS y M^a Antonia BRUNAT, Vich 1998; James FAIRHEAD, Tim GEYSBEEK, Svend E. HOLSOE y Melissa LEACH (eds.), *African-American Exploration in West Africa: Four Nineteenth-Century Diaries*, Bloomington 2003. No he visto el artículo de J. CREUS, *Missionary Expansion and Occupation of Territory: The Instance of Equatorial Guinea*, en *Terra d'Africa*, 6, 1997, que es anticipo de tesis doctoral inédita, con difusión limitada como *Thèse à la Carte* (<http://www.anrtheses.com.fr>): *Action missionnaire en Guinée Équatoriale, 1858-1910: Perplexités et naïvetés à l'aube de la colonisation*, Universidad de París VII, 1998. De la iniciativa estadounidense de misiones baptistas desde entrado el siglo XIX llegando a alcanzar a la zona de Guinea y Congo tengo noticias más directas por material microfilmado

Se ha advertido que la denominación utilizada por la orden de expulsión y expropiación, respecto a la propiedad inmueble sin indemnización, era la de *anabaptismo*: « La predicación que en dichas islas ejercen dichos misioneros anabaptistas está expresamente prohibida por la ley fundamental », la Constitución. *Anabaptistas* puede que no fuera lapso inocente, sino mote descalificatorio. Cuando no se trataba de denominación propia, caso de utilizarse por ejemplo de parte católica, se prestaba ciertamente al empleo peyorativo. Aparte de que rememoraba historias de conflictos especialmente sangrientos entre cristianos, negaba la premisa de comunión y hasta condición tales, cristianas. A aquellas alturas del XIX, resultaba algo así como decirse anarquistas o, avanzando el siglo, comunistas. Literalmente, anabaptismo y bautismo se contradecían, pues lo primero es negación de lo segundo. Lo uno niega el sacramento no reformado, el católico, y lo otro afirma el bautismo propio de la parte reformada, el que se rehusa a infantes y se impone a adultos. Por lo que ahora interesa, las palabras mismas, intercambiables, podían encerrar derecho o, más bien para el caso, denegación del mismo. Como fuerte prejuicio, el concepto podía predeterminar ordenamiento por encima de la Constitución, como juicio en

en la Universidad de Arizona, inclusive la *Constitution of the American Baptist Society for Propagating the Gospel* de 1817, y la colección de la revista que, tras diversos títulos, acabaría adoptando el de *Baptist Missionary Magazine*. Una publicación misionera holandesa pone ahora sobre la pista de que la conexión baptista con América pudiera situarse en el Caribe británico: Ronald NATHAN, *'African Redemption': Black Nationalism, and End of Empire in Africa*, y Jaap VAN SLAGEREN, *Jamaican Missionaries in Cameroon*, ambos en *Exchange* (antes con el subtítulo de *Journal of Missiological and Ecumenical Research*), 30, 2001, pp. 125-144 y 145-156 respectivamente. También puede rastrearse el dato en la página *Jamaica and Cameroon Missionary Papers* y algunas otras del sitio *Mundus: Gateway to Missionary Collections in the United Kingdom* (<http://www.mundus.ac.uk>). Interesando a la zona, pues esta asociación penetró desde temprano en el XIX por Sierra Leona, hay en la red guía de manuscritos del *Church Missionary Society Archive*: http://library.truman.edu/microforms/africa_missions.htm. A lo que nos interesa, la prueba definitiva de la procedencia americana de misiones baptistas en Bioko, de las últimas expulsadas al menos, que obtengo por prensa de la época, la ofreceré mas tarde.

sí débil y no sólo debilitado entonces esta misma, la norma constitucional ⁽³⁶⁾.

Por lo que atañe también a confesionalidad y por cuanto enseguida veremos respecto a la posición de las colonias, no deje tampoco de observarse que la relación constitucional entre *el Estado* de una parte y *el culto y sus ministros* de otra no ha cambiado literalmente en nada entre 1837 y 1845. Lo nuevo se refiere a *la Nación*, de la que ahora se predica la confesión católica en términos de identidad constituyente mientras que antes, en 1837, lo mismo se entendía más bien como mera constatación de profesión ciudadana o conducta social. Si la Constitución de 1845 autorizaba las medidas inmediatas en Guinea, es entonces porque se presumía que la colonia formaba parte no sólo del *Estado*, sino también de la *Nación*. Atrás había quedado el planteamiento diverso de la Constitución de 1812, la que suele decirse de Cádiz por la ciudad donde se alumbró, pues la misma se planteaba otra conjugación, la de un doble compromiso entre determinación católica de la *Nación* misma y derecho de libertad del individuo de su pertenencia, con propiedad inclusive ⁽³⁷⁾. Una implicación tan inmediata de libertades cual elemento constitutivo de una *Nación* de confesión católica no se presenta a las alturas de 1845, aunque algún compromiso a su modo

⁽³⁶⁾ Francisco de Paula MELLADO (ed.), *Diccionario Universal de Historia y de Geografía*, Madrid 1846-1848, voces *Anabaptistas* y *Baptistas*: « Anabaptistas, es decir, rebautizantes (...). Baptistas, hereges, véase Anabaptistas ». Para momento expresivo no muy lejano, Marcelino MENÉNDEZ Y PELAYO, *Historia de los Heterodoxos Españoles* (1880-1882), ed. Madrid 1978, vol. I, p. 669 (*Preámbulo* del Libro IV): « Surgió la secta de los anabaptistas (...) lanzando a los campesinos alemanes a una guerra contra sus señores, semejante a la *Jacquerie* en Francia o a la de los *Pegeses de Remensa* en Cataluña. Los anabaptistas, llamados así porque negaban el bautismo a los párvulos, amotinaron con audaces predicaciones comunistas (...) contra los príncipes, magistrados, obispos y nobles (...) y siguiéronse horriboras devastaciones, incendios y matanzas ». Un legajo de archivo con la pobre información que se tenía en España y las inconstantes disposiciones que se adoptaban para Bioko, del que tengo noticia por M.D. GARCÍA CANTÚ, *Fernando Póo, una aventura colonial*, pp. 276-284, ostenta el rótulo de *Expediente de Anabaptistas*.

⁽³⁷⁾ B. CLAVERO, *Vocación católica y advocación siciliana de la Constitución española de 1812*, en Andrea ROMANO (ed.), *Alle origini del costituzionalismo europeo*, Messina 1991, pp. 11-56; J.M. PORTILLO, *La Nazione cattolica. Cadice 1812: una costituzione per la Spagna*, Manduria 1998.

todavía se guardara, según estamos viendo, tanto para la religión como para la propiedad.

La inclusión sin más de la colonia africana en la *Nación* constitucional podía ahora resultar una presunción perfectamente gratuita, bien que no por ello desde luego inoperativa, a la luz esto de las mismas disposiciones más generales, comenzando por las de tal rango constitucional. Tanto el texto de 1845 como el previo de 1837, el vigente cuando se plantea la reincorporación de unas islas guineanas, las de Bioko y Annobón, concluían con esta previsión: « Las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales », no así por la misma Constitución (1837, art. adicional 2º; 1845, art. 80). En el mapa de *provincias* que acababa de establecerse hacía menos de un lustro, no la había africana, salvo las islas Canarias ya enteramente europeizadas, pero la previsión podía asumir un carácter general como única constitucional para el caso de territorio colonial ⁽³⁸⁾. El giro será importante, como vamos a ver enseguida, aunque la novedad podía ser relativa. Ya nos hemos encontrado con que, sin necesidad de previsión constitucional, cupieron *leyes* tan *especiales* como las *leyes privadas*, disposiciones decididas sobre el terreno por autoridades coloniales, cuando para ambas Constituciones *la ley* era norma acordada por el parlamento metropolitano, como único órgano legislativo, con sanción de la monarquía o regencia, del ejecutivo en definitiva, igualmente único en su género, el de institución de gobierno, para aquel sistema. No conocía autonomías territoriales ni en la metrópolis ni, desde luego, en las colonias ⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ Jesús BURGUEÑO, *Geografía política de la España constitucional. La división provincial*, Madrid 1996. Para contraste de las *provincias* de la Constitución de Cádiz, no sólo por lo común de extensión bastante mayor y para una geografía mucho más dilatada, sino también y sobre todo de muy otra entidad institucional, bien que africana tan sólo igualmente la del archipiélago de las Canarias, C. MUÑOZ DE BUSTILLO, *Los antecedentes de las Diputaciones provinciales o la perpleja lectura de un pertinaz lector*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 67, 1997, vol. II, pp. 1179-1192, número en memoria de Francisco Tomás y Valiente.

⁽³⁹⁾ Para ser exactos, hay que hacer una salvedad que se plantea y desenvuelve al margen de Constitución, de la escrita española, la notoria, pero no siempre presente, del caso vasco: B. CLAVERO, *Entre Cádiz y Bergara. Lugar de encuentro de la Constitu-*

Había más, bien sustantivo, respecto a colonias. El régimen de su exclusión constitucional fue una decisión constituyente de 1837 que se había anticipado un par de meses a la Constitución por parte de una ley del parlamento, ésta sí de las mismas Cortes. El gobierno la circula acto seguido a Cuba y Puerto Rico añadiendo la interpretación de que, en virtud de la exclusión, estas islas habrían de regirse « por las Leyes de Indias, por los Reglamentos y Reales Órdenes comunicadas para su observancia, y por las que se vayan dando, como se crea más conveniente para la prosperidad del país »⁽⁴⁰⁾. Antes de la Constitución de 1837, ya así se entendía que las *leyes especiales* podían ser hasta *leyes* de tracto preconstitucional, como aquellas *de Indias*, así como cualesquier disposiciones de gobierno sin requerimiento alguno de intervención o ni siquiera de información parlamentaria, ni tampoco de otro criterio que el discrecional de la conveniencia. Así podrían también plantearse las cosas sin mayor problema desde 1843 en el Golfo de Guinea. Las *Leyes de Indias*, todo un cuerpo normativo por escrito del colonialismo español para América y Asia, veremos que podrán hacer perfecto acto de presencia por África. Tampoco descartemos, por lo que comprobaremos, que referencias como ésta a *Leyes de Indias* pudieran incluso alcanzar a algún orden de carácter consuetudinario. Tal

ción con los Fueros, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 59, 1989, pp. 205-282; sobre la forja, J.M. PORTILLO, *Monarquía y gobierno provincial. Poder y Constitución en las Provincias Vascaas, 1760-1808*, Madrid 1991.

⁽⁴⁰⁾ Con interés por el derecho, se ocupan de esta exclusión de las colonias que se mantienen a las alturas de 1837, las tales en buena parte ahora por la sustracción constitucional misma, Jesús LALINDE, *La administración española en el siglo XIX Puertorriqueño*, Sevilla, 1980; M. LORENTE, *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 1997, pp. 431-480; J. ALVARADO, *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar*; P. ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal, 1837-1898. Génesis y desarrollo del régimen autonómico*, Madrid 2002. Con perspectivas más amplias, Josep M. FRADERA, *Gobernar colonias*, Barcelona 1999, incluyendo, pp. 71-93, original de *Why were Spain's Special Overseas Laws never enacted?*, en Richard L. KAGAN y Geoffrey PARKER (eds.), *Spain, Europe and the Atlantic World: Essays in Honour of John H. Elliott*, Cambridge 1995, pp. 334-349; y el mismo J.M. FRADERA, *Colonias para después de un imperio*, Barcelona 2005, pp. 140-182; también, M.D. GARCÍA CANTÚ, *Fernando Póo, una aventura colonial*, pp. 148-151.

cuerpo normativo de tiempo colonial no se mantenía como residuo por inercia ⁽⁴¹⁾.

El apartheid constitucional de las colonias, incluyendo y excluyendo, se introducía frente al planteamiento bastante diverso del orden precedente al de la Constitución de 1837, el que representaba entonces la referida de 1812, la cual había regido intermitentemente y vuelto de nuevo, en 1836, a restablecerse. Conforme a ella se habían celebrado las elecciones que darían paso al nuevo texto constitucional y bajo ella, discutiéndose sus términos, se planteó el debate constituyente. La misma había concebido la susodicha *Nación* católica configurando una ciudadanía común no sólo entre europeos y americanos, sino también entre indígenas y no-indígenas en Ultramar, al tiempo esto que ahí mantenía la esclavitud afroamericana y que además excluía de la condición ciudadana, salvo méritos individuales extremos, a este último contingente caso de emanciparse o ya estarlo: « a los españoles que por cualquiera línea son habidos y reputados por originarios de África » (art. 22), *españoles* así y todo. Aun a la baja la aventura colonial africana por aquel entonces, en tiempos de Cádiz ⁽⁴²⁾, los pueblos de unas islas del Golfo de Guinea habrían entrado en su caso desde luego dentro de tal supuesto de españolidad sin ciudadanía, pero el asunto, cuando se

⁽⁴¹⁾ Tal irrelevancia la presume gratuitamente el mejor tratamiento existente sobre el colonialismo español del XIX supérstite en América, el recién citado de J.M. FRADERA, *Colonias para después de un imperio*.

⁽⁴²⁾ M. LORENTE, *El abandono de los presidios menores (siglos XVIII-XIX)*, en Aquilino IGLESIA, (ed.), *Estat, Dret i Societat al Segle XVIII. Homenatge al Prof. Josep M. Gay i Escoda*, Barcelona 1996, pp. 731-752, con referencia a enclaves más cercanos como Melilla, Alhucemas y Vélez de la Gomara. Sobre evoluciones ulteriores que miran más que nada al Magreb, Víctor MORALES LEZCANO, *Africanismo y orientalismo español en el siglo XIX*, Madrid 1988; por cuanto que literatura, academia y política se comunican, Manuela MANZANARES DE CIRRE, *Arabistas españoles del siglo XIX*, Madrid 1972; José Antonio RODRÍGUEZ ESTEBAN, *Geografía y colonialismo. La Sociedad Geográfica de Madrid, 1876-1936*, Madrid 1996; Azucena PEDRAZ, *Quimeras de África. La Sociedad Española de Colonialistas y Africanistas. El colonialismo español de finales del siglo XIX*, Madrid 2000. Para comprobarse más fácilmente la persistencia de mentalidad colonialista, puede visitarse el sitio de la *Asociación Africanista Manuel Iradier* (<http://www.iradier.org>). Para alguna voz marroquí y otras magrebies, Michel LE GALL y Kenneth PERKINS (eds.), *The Maghrib in Question: Essays in History and Historiography*, Austin 1997.

plantee de modo efectivo, será bajo la Constitución de 1837, después del giro que estamos contemplando.

Interesa el modo como se discute el régimen de ciudadanía de la *Nación* católica de la Constitución de Cádiz, aquel que se había participado a indígenas de América y de Asia, para llegarse ahora a la posición contraria de la exclusión colonial. En 1837 el radio de la discusión es bastante inferior, tan sólo ya el de unas islas en las Antillas y por Filipinas con algún otro archipiélago de aquella zona asiática. Respecto a África, las Canarias, completamente europeizadas sin lugar a dudas a estas alturas, extinguida de tiempo su población originaria, se consideran sin más España, mientras que unas islas del Golfo de Guinea se encuentran por entonces en trance de dominio más británico que español. Por su parte, la América continental se ha independizado de este segundo imperio, el constitucional que representara el diseño fallido de Cádiz (43). Con tal panorama, conforme al debate constituyente de 1837, el asunto ya estaría definitivamente bien lejos de ser el de la representación parlamentaria y de los correspondientes derechos políticos de todo el espectro, ni mucho menos, de la humanidad incluida en Constitución ni de su componente colonial en particular. Para aquellos constitucionalistas españoles, el problema radicaría en la envergadura de por sí y más en términos comparativos de la población esclava por las Antillas y de la indígena por las Filipinas. Aquí, por Asia, « la podemos suponer en 3 millones de indios » frente a « 6.000 blancos », se estima en sesión conjunta de las Comisiones de Constitución y de Ultramar de aquel foro constituyente, con desarrollo del argumento (44):

(43) J.M. PORTILLO, *Crisis Atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la Monarquía Hispánica*, a publicarse en 2006.

(44) *Diario de las Sesiones de las Cortes Constituyentes. Dieron comienzo el 17 de octubre de 1836 y terminaron el 4 de noviembre de 1837*, Madrid 1870-1877, vol. III, n° 112, apéndice, dictamen de una actuación conjunta especial de las Comisiones de Constitución y Ultramar, 12-II-1837; vol. X, *Comprende el Índice de la Legislatura*, con la voz *Ultramar*. Para posiciones enfrentadas entonces, contra la exclusión, José Antonio SAGO, *Examen analítico del Informe de la Comisión especial nombrada por las Cortes sobre la exclusión de los actuales y futuros diputados de Ultramar y sobre la necesidad de regir aquellos países por Leyes Especiales*, Madrid 1837; a favor, Ramón DE LA SAGRA,

« Si a esto [millones de *indios* y miles de *blancos*] agregamos que aquellos habitantes se hallan diseminados en varias islas y que (...) hablan varias lenguas y dialectos, ignorando los más la española, veremos que, si los Diputados elegidos eran indígenas, acaso no nos entenderían en nuestro Congreso, y si eran de los europeos o de origen europeo, además de establecer un monopolio irregular a favor de éstos, nos hallaríamos con que siendo pocos los capitalistas acomodados en aquellas islas, y declarada la opinión por que el cargo de Diputado sea en lo sucesivo gratuito, no estará demás suponer que tal vez, tal vez no aparecería muy luego nadie ».

Suposiciones dialécticas aparte, está ahora patentemente concibiéndose una ciudadanía de *capitalistas*, esto es propietarios, lo que habrá de afectar por supuesto al trabajo, y además de *europeos*, lo que algo importará también en su momento a pueblos guineanos bajo dominio colonial español, y por añadidura desde luego de *varones*, lo cual no tenía que especificarse, pues lo implicaba sin más el uso gramatical del género masculino, y lo cual podía igualmente interesar a la posición laboral, como habremos de considerar. Ya sabemos que, por haberse de partir de la Constitución de Cádiz que aún estaba vigente, no era mera suposición la de que pudieran ser en cambio parlamentarios hasta indígenas de fuera de Europa, aquellos entre los que cundía la ignorancia de la lengua española, como ignorantes de lenguas no europeas eran quienes así, haciendo uso del alegato, se manifestaban. Y no deje de advertirse la construcción lingüística del argumento constitucionalista con el *Congreso* como *nuestro*, de un *nosotros* que excluye al indígena al tiempo que se le está incluyendo, no hay ya que decir que sin interlocución ni, mucho menos, consentimiento de parte suya, todo lo cual tampoco es que se practicara en los tiempos constitucionales precedentes, los de Cádiz ⁽⁴⁵⁾.

El horizonte que ahora, en 1837, se está trazando es de una ciudadanía restringida en el que el intento gaditano ya no guarda

Apuntes destinados a ilustrar la discusión del artículo adicional del Proyecto de Constitución que dice "Las Provincias de Ultramar serán gobernadas por Leyes Especiales", París 1837.

⁽⁴⁵⁾ B. CLAVERO, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid 2001.

sentido alguno. Incluso por la misma España en Europa, hay gentes que experimentaron antes, en 1812, un acomodo constitucional, mejor o peor, y ahora, desde 1837, quedaban en un limbo constituyente, peor o mejor, entre la interlocución y el consentimiento ⁽⁴⁶⁾. Para las colonias, en *Ultramar*, el corolario es la exclusión vista. Adviértanse sus particularidades. Aunque en la propia Constitución no se especificase, lo que se excluía era la representación política en un escenario que podía requerirla pues era de inclusión. ¿Se ha observado en el texto de Cádiz, por lo citado, que incluso los afroamericanos no ciudadanos se tenían constitucionalmente por *españoles*? He ahí una exclusión que incluye. También las españolas, todas ellas, eran *nacionales* sin ser ciudadanas. El trabajo dependiente, todo él, quedaba en un término intermedio de suspensión de la ciudadanía ⁽⁴⁷⁾.

Se incluía en la *Nación*, en su derecho, y se excluía del *Estado*, de sus derechos. Lo primero sitúa bajo un ordenamiento mientras que lo segundo aparta de los títulos de participación para la producción y administración de derecho y política, cuando no excluye de más, si cabe, todavía. Bajo estos exactos presupuestos de inclusión en Nación y exclusión de Estado hemos visto que se producía algo que la Constitución parecía descartar y esto era su aplicación inmediata, bien que por mor de religión, en el Golfo de Guinea. No se olvide en todo caso que hay exclusiones que incluyen como inclusiones que excluyen. Habremos de considerarlo todavía para el trabajo indígena y no indígena, para el trabajo de entrada todo.

⁽⁴⁶⁾ Más específicamente de nuevo y además seguido de debate, incluyendo la cuestión de los presupuestos culturales de valor normativo que no se ponen por escrito ni tienen por qué, B. CLAVERO, *Constitución en común entre cultura y escritura. Encrucijada gaditana de los Fueros Vascos*, en *Notitia Vasconiae*, 2, 2003, pp. 613-694.

⁽⁴⁷⁾ Acusé estos extremos cuando comencé a introducirme en historia constitucional, pero sin advertir entonces la cuestión indígena: B. CLAVERO, *Amos y sirvientes, ¿primer modelo constitucional?*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 56, 1986, pp. 995-1016, y *Cara oculta de la Constitución: Sexo y Trabajo*, en *Revista de las Cortes Generales*, 10, 1987, pp. 11-25. Hubo debate a más de una banda de la historiografía, la jurídica y la social, pero que tampoco trajo a la vista dicha cuestión.

4. *Disposiciones tomadas, suposiciones hechas, experiencias habidas.*

Al cabo de algunos años, entre 1861 y 1868, aparecen en el Golfo de Guinea otras disposiciones que se rotulan tiempo más tarde, si no ya entonces, con el concepto de *Trabajo Indígena*. Las primeras reincidenten en el asunto de la inmigración cubana que se dice de *color* por su mismo origen anterior africano y así de ida y vuelta. Por 1862 y 1863 se concentra una serie de reales órdenes impulsando un proceso de « convocatoria o reclutamiento » de *emancipados*, « de condición bozal », esto es novata y sumisa, no resabiada por la propia experiencia de la esclavitud aunque ya se entiende que cristianizada, con preferencia explícita de quienes poseyeran determinadas habilidades, como carpinteros, albañiles, herreros, hojalateros, vidrieros y tejeros ⁽⁴⁸⁾. Había necesidad de *brazos* en la colonia « en razón de la mortandad de los trabajadores blancos que en los principios de la colonización se enviaron a poblarla ». Para fomentar dicha otra inmigración, los costos pasan a correr a cargo del Estado y deja de ponerse insistencia en la voluntariedad del reclutamiento. La emancipación es ahora premio por el desplazamiento. Vienen los emigrantes comprometidos a un tiempo de trabajo de cinco años « pasados los cuales disfrutarán de los beneficios de la libertad, familia y propiedad », de derechos en suma. Estamos ante un régimen de servidumbre temporal y remunerada. Según la propia convocatoria, ya se habría realizado con éxito alguna operación del género, bien que las de cierta entidad son de estos años ⁽⁴⁹⁾.

A continuación se produce o al menos se pone de manifiesto un viraje pronunciado en la dirección de la brújula colonial. Hacia finales de 1863 otra orden mira hacia la propia África, al continente, proyectándose operaciones análogas, « ya para contratar » directamente colonos africanos, « ya para autorizar su contratación por los particulares ». Se alega como ejemplo « el modelo de los contratos

(48) Germán de GRANDA, *Negros emancipados cubanos en Fernando Póo*, en *Revista de Indias*, 44, 1984, pp. 559-566; M.D. GARCÍA CANTÚ, *Fernando Póo, una aventura colonial*, pp. 448-465; J.M. FRADERA, *Colonias para después de un imperio*, pp. 89-94 y 672-673.

(49) I.K. SUNDIATA, *From Slaving to Neoslavery*, pp. 52-53.

que efectúan los franceses » y que respondería a una forma de « convenio » incluso colectivo no tanto con los propios trabajadores como, en su nombre, con las autoridades africanas que los estuviese proveyendo, bien que al tiempo se simulase la contratación individual ⁽⁵⁰⁾. Ya estaba practicándose. En 1862, un gobernante indígena del continente « se compromete a cumplir y hacer cumplir a sus súbditos los contratos que verifiquen con súbditos españoles » mientras que el gobernador colonial de la isla « dará auxilio » en el caso de que los primeros, los africanos, « se resistan a obedecer ». « Hacer cumplir esto contratos » entre « súbditos » de una y otra parte es cometido de dicho gobernador, el colonial, aún fuera incluso así de su jurisdicción territorial ⁽⁵¹⁾. La población de la isla, la llamada bubí, no se pliega por lo visto a la prestación colonial de trabajo. Con todo, la vía continental africana va a desarrollarse más

⁽⁵⁰⁾ Martin A. KLEIN, *Slavery and colonial rule in French West Africa*, Cambridge 1998, pp. 19-58. Para la referencia también, pues no deja de atender antecedentes, Babacar FALL, *Le travail forcé en Afrique-Occidentale Française, 1900-1946*, París 1993. Se tiene además documentación publicada, Christian SCHEFER (ed.), *Instructions Générales données de 1763 à 1870 aux Gouverneurs et Ordonnateurs des Etablissements Français en Afrique Occidentale* (1831-1870), París 1921-1927. Para unas calas comparativas por la zona que alcanzan al asunto del trabajo, pero no incluyen a la isla de Bioko, Robin LAW (ed.), *From Slave Trade to 'Legitimate' Commerce: The Commercial Transition in Nineteenth-Century West Africa*, Cambridge 1995. En el ámbito constitucional se contaba con una cobertura que parte de la Constitución de 1791 (tit. VII, en art. 8: « Les colonies et possessions françaises dans l'Asie, l'Afrique et l'Amérique, quoiqu'elles fassent partie de l'Empire français, ne sont pas comprises dans la présente Constitution ») y pasa, entre otras, por la de 1848 (art. 109: « Le territoire de l'Algérie et des colonies est déclaré territoire français, et sera régi par des lois particulières jusqu'à ce qu'une loi spéciale les place sous le régime de la présente Constitution »). En Francia no hubo un arranque de otro tipo como el de España en Cádiz, lo que a menudo luego ni se percibe por el empeño de ver la historia constitucional española bajo el prisma de la francesa y ésta como todo un paradigma más que europeo. De los textos constitucionales se dispone ahora en <http://www.elysee.fr/instit/text4.htm>.

⁽⁵¹⁾ *Legislación referente a Territorios Españoles del Golfo de Guinea*, pp. 60-62: « Convenio con el Rey de Bimbia » en 1862 por el que dicho monarca, quien también atrajo a su territorio, en el actual Camerún, baptistas expulsados de Bioko, « se compromete a cumplir y hacer cumplir a sus súbditos los contratos que verifiquen con súbditos españoles ». La misma compilación recoge de parte española una interpretación de dicho tratado a la que, por su mala conciencia esclavista, no dejaré de hacer ahora referencia.

que la insular cubana. Algunos otros intentos de importación forzada desde Cuba o incluso desde España lo serán por la razón distinta de introducción de colonias penitenciarias de condenados por actividades políticas, lo cual tampoco acabaría de cuajar como forma de poblamiento dirigido y controlado ⁽⁵²⁾.

A mediados de 1864, una orden da cuenta de que la iniciativa de inspiración económica cuaja en un terreno de interés compartido entre poderes públicos y propietarios privados por lo que toca a la importación prácticamente forzosa de fuerza de trabajo por el momento desde la parte más cercana del litoral de Liberia. El « Gobernador de Fernando Póo » ha informado a Madrid « de la expedición llevada a efecto a la costa del Krú para la contratación de nuevos Krumanes con destino a las obras públicas de esas islas, y de haber autorizado a varios particulares de Santa Isabel para contratar cierto número de aquellos con objeto de emplearlos en sus propiedades », obteniendo respuesta de fondo positivo y forma precavida:

« Su Majestad se ha servido aprobar la autorización concedida por V.S. (Vuestra Señoría, el gobernador colonial) a los particulares mencionados, y disponer, con respecto a la contratación verificada por ese Gobierno, que se espere a que V.S. dé noticias de los términos de la contrata ».

Por el propio lenguaje de estas órdenes puede inferirse que a quienes se reclutaba en dichas *expediciones* se les ofrecía un contrato similar al de los *emancipados*, lo cual implicaba algo que no se ponía de relieve y esto es que se les hacía transitoriamente atravesar con la captura del reclutamiento, fuera de mano europea o africana, la condición de esclavitud. Tal era la base para el respectivo arreglo de servidumbre temporal remunerada. Impulsando un proceso de expansión de dicho régimen que no hará sino crecer en los años sucesivos, a mediados de 1864 lo que se promulga por real orden es todo un *Reglamento de Negros Emancipados* que comienza definiendo la condición:

« Los emancipados serán en un todo reputados como libres, que han de prestar su trabajo por un tiempo y mediante un precio

(52) I.K. SUNDIATA, *From Slaving to Neoslavery*, pp. 50, 59 y 119-130.

determinado, en justa retribución de la libertad que se les concede y de los gastos que esta concesión origina; pero como en el estado de esclavitud a que se les arranca no han podido adquirir el verdadero conocimiento de los derechos y obligaciones del hombre libre, quedan sujetos a la tutela del Gobierno hasta que sus facultades se hallen suficientemente desarrolladas ».

La norma se extiende en la consideración de *deberes y derechos de los emancipados*, así como *del Gobierno* y también *de los patronos*. Los primeros, los *reputados como libres*, « durante el tiempo que dure la tutela » que será regularmente de cinco años, quedan obligados a obediencia « así en lo relativo a la clase de trabajo que han de hacer y personas a cuyas órdenes se ha de verificar como en lo que respecta al régimen de vida en común, acuertelamientos, ranchos y demás ». El término de tiempo resultaría presumiblemente prorrogable a discreción del gobierno colonial cuando se le ha marcado el objetivo de « que sus facultades se hallen suficientemente desarrolladas » o de que se hayan así conseguido sustituir modo de vida y cultura social de los trabajadores indígenas. Los patronos particulares podían ser dichas otras personas, aquellas « a cuyas órdenes se ha de verificar » el trabajo y sus condiciones, pues, según el mismo reglamento, recibían mediante *contrato* con el gobierno colonial a los trabajadores a su cargo. Lo de la tutela en último término pública iba en serio: « Durante este tiempo, los emancipados, como pupilos, nada podrán hacer por sí, y el Gobierno de la isla, como un tutor, será el único hábil para cuidar de sus personas y dirigir sus acciones », conforme a las previsiones siempre del reglamento. Bajo tales supuestos, el proceso de expansión por vía contractual del régimen de *emancipación* progresaba. Su implicación prácticamente esclavista no escapaba a quienes lo promocionaban ⁽⁵³⁾.

⁽⁵³⁾ *Legislación referente a Territorios Españoles del Golfo de Guinea*, p. 77: “Real Orden aprobando el convenio celebrado con el Rey de Bimbía”, 1862, « en el bien entendido que la contratación de trabajadores de dicho país (...) habrá de verificarse siempre a plazos determinados y no muy largos a fin de evitar en todo tiempo reclamación por parte de los negros contratados, o de las potencias que como la España están interesadas en la extinción del tráfico de esclavos ». Se mantendría desde luego la

Hasta 1906 no llegará un primer *Reglamento del Trabajo Indígena en los Territorios Españoles del Golfo de Guinea* de título así más abarcador, aunque tampoco fuera de aplicación a toda la población indígena, pues seguía mirándose especialmente a la reclutada en el continente. En las presuposiciones de base, no digo en los detalles de la reglamentación, pone sin duda de manifiesto planteamientos que vienen de décadas. He aquí entonces la concreción por escrito de unas *leyes de la colonia* que vimos darse por existentes desde un inicio. Ahí tenemos al menos algunas. Colaciono este reglamento de tiempo posterior tan sólo por tal razón y a tal propósito, sin descender a ningún pormenor ni proceder a mayor averiguación.

Comienza el mismo marcándose un objetivo: « Fomentar la civilización del indígena impulsándole al trabajo ». No se cuenta con su libertad ni tampoco con su cultura, todo lo cual ni se toma en consideración o ni siquiera se entiende que pudiera existir, sino que se trata de obligar a prestaciones que transformen a individuos como a comunidades al tiempo que de paso extraigan provecho para la propiedad de derecho, la de título europeo esencialmente. ¿Cómo puede haber en estas condiciones *contrato* de trabajo, lo que hemos visto que viene dándose por sentado? Resulta que lo hay. Véase un pasaje especialmente revelador de la concepción de fondo (art. 74):

« El trabajador que se hubiese fugado más de una vez de la finca y cuyo patrono no quisiera tenerlo más a su servicio, ni hubiese otro que desee contratarlo, trabajará forzosamente en las obras del Estado o en las del Consejo de Vecinos, bajo la más estrecha vigilancia, por la mitad del salario para que fue contratado primeramente hasta que con el importe de estos haberes extinga la deuda que pudiera tener con el patrono por anticipos hechos antes del contrato ».

¿Hace falta leer entre líneas? Estamos ante textos paladinos. La relación de trabajo se formaliza por *contrato* y es así en teoría vo-

preocupación pues, como acabamos de ver, se dispone poco después, en 1864, antes de la aprobación de una determinada operación, que « se espere a que V.S. (el gobernador colonial) dé noticias de los términos de la contrata ».

luntaria para el trabajador, pero el propio supuesto de hecho que se plantea, el de huida reiterada, está acusando, más allá del derecho o como elemento del mismo, la existencia de fuerza. Forzoso abiertamente es el trabajo que se impone como penalización en interés último no para el trabajador o tampoco para parte pública, sino para la propiedad, la de los *vecinos* o colonos, sin necesidad esto de subterfugio ni disimulo alguno. Es sólo relativo el reparto de papeles entre unas partes coloniales, la pública y la privada. Si el trabajo constituye el procedimiento para bastante más que el rendimiento o, mejor dicho, la explotación, el patrono resulta agente esencial de aquel objetivo de *civilización* que se proclama. Sus poderes son los oportunos a dicho fin, extendiéndose a la vida entera del trabajador en términos prácticos no muy disímiles a los característicos de la esclavitud ⁽⁵⁴⁾.

No sólo se tenían experiencias como la británica o la francesa. También se aprovechaban las propias. Desde la Constitución de Cádiz vimos que libertad del *emancipado*, también dicho *liberto*, no es lo mismo que libertad del ciudadano ni mucho menos. Ser libre, varón y español no bastaba para acceder a la condición de sujeto individual de derechos de libertad. Durante el siglo XIX, por las Antillas entonces españolas, se venían ensayando, desde antes del planteamiento en Guinea, medidas de obligación al trabajo y control del mismo, inclusive las referentes a la importación de *emancipados* o de esclavos que podían hacerse *libertos* con el trayecto ⁽⁵⁵⁾,

⁽⁵⁴⁾ S. LLOMPART (ed.), *Legislación del Trabajo de los Territorios Españoles del Golfo de Guinea*, comienza por el reglamento de 1906 por constatar que seguía en buena parte vigente a mediados de siglo, del XX, lo que señala con el uso de un tipo de letra superior, de lo cual, de la vigencia, puede tenerse además elocuente comprobación con un tratamiento del trabajador casi literalmente como ganado: Román PERPIÑÁ, *Mano de obra africana, factor de coste colonial: Investigación sobre el peso de los braceros contratados en Fernando Póo*, en *Cuadernos de Estudios Africanos*, 3, 1947, pp. 127-144.

⁽⁵⁵⁾ Inés ROLDÁN DE MONTAUD, *Origen, evolución y supresión del grupo de negros "emancipados" en Cuba, 1817-1870*, en *Revista de Indias*, 42, 1982, pp. 559-641, detectando en concreto el planteamiento del tráfico con Bioko, pero no persiguiendo la pista; entiende que en África los emancipados habrían de alcanzar la entera e inmediata libertad y ofrece incluso la impresión de que la operación abortó (p. 635: « No tene-

para población además no sólo afroamericana ni desde luego tan solamente masculina. A mediados del siglo por ejemplo, indígenas de Yucatán, ellos y ellas, en guerra con México eran esclavizados abriéndose la oportunidad de *emancipación* mediante transporte a Cuba ⁽⁵⁶⁾, lo mismo que a continuación se plantearía entre islas americanas y africanas. Avanzando la centuria, los procesos abolicionistas por las Antillas españolas tras los precedentes británico y francés darían paso a situaciones tales de *emancipación* con persistencia de obligaciones cuales, ante todo, las laborales. Y se llevaban siglos de captura, tráfico y trata. Puentes existían tanto sobre el Atlántico como entre los colonialismos ⁽⁵⁷⁾.

mos noticias de que en ninguna ocasión se produjera tal envío », el de afrocanos a Bioko).

⁽⁵⁶⁾ J. ALVARADO, *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar*, pp. 160-164. La historiografía más específica de aquella llamada, no sin cierto deje racista, *guerra de castas*, literatura ahí no contrastada en cualquier caso (hay a su respecto poco menos que todo un género literario multiforme entre historia y actualidad, hasta el zapatismo ahora), suele ver el asunto como de mero tráfico esclavista entre Yucatán y Cuba, con México y España como agentes más o menos en la sombra, sin el matiz importante en su caso de la *emancipación* de por medio: Carlos R. MENÉNDEZ, *Historia del infame y vergonzoso comercio de indios, vendidos a los esclavistas de Cuba por los políticos yucatecos desde 1847 a 1861. Justificación de la revolución indígena de 1847. Documentos irrefutables que lo comprueban*, Mérida de Yucatán 1923; Howard F. CLINE, *Comentarios sobre una bibliografía selecta de la guerra de castas y tópicos conexos*, en Alfonso VILLA ROJAS, *Los elegidos de Dios. Etnografía de los mayas de Quintana Roo*, México 1978, pp. 471-511; Javier RODRÍGUEZ PIÑA, *La guerra de castas. La venta de indios mayas a Cuba, 1848-1861*, México 1990. Véase ahora perspectiva histórica de fuentes indígenas: Matthew RESTALL, *The Maya World: Yucatec Culture and Society, 1551-1850*, Stanford 1997.

⁽⁵⁷⁾ David W. COHEN y Jack P. GREENE (eds.), *Neither Slave nor Free: The Freedman of African Descent in the Slave Societies of the New World*, Baltimore 1972; Manuel MORENO FRAGINALS, Frank MOYA PONS y S.L. ENGERMAN (eds.), *Between Slavery and Free Labor: The Spanish-Speaking Caribbean in the Nineteenth Century*, Baltimore 1985; R.J. SCOTT, *Slave Emancipation in Cuba: The Transition to Free Labor, 1860-1899*, 1985, con adenda, Pittsburg 2000, y traducción al castellano, México 1989, la primera edición; Michael MULLIN, *Africa in America: Slave Acculturation and Resistance in the American South and the British Caribbean, 1736-1831*, Urbana 1992; Arthur L. STINGHCOMBE, *Sugar Island Slavery in the Age of Enlightenment: The Political Economy of the Caribbean World*, Princeton 1995, pp. 257-285; Aline HELG, *Our Rightful Share: The Afro-Cuban Struggle for Equality, 1886-1912*, Chapel Hill 1995; Nan Elisabeth WOO-

La primera ocupación española de Bioko y Annobón, por cesión entonces de Portugal, se había producido en las últimas décadas del siglo XVIII ya con el objetivo de impulsar el comercio llanamente esclavista en la dirección de África hacia América. Entre Angola y Brasil principalmente, para esto, para tal tráfico intercontinental, era Portugal la que marcaba pauta por entonces y durante buena parte todavía del XIX⁽⁵⁸⁾. Tal como España, tampoco dejó de dotarse con la cobertura constitucional de unas *leis especiais* que no necesitaban especificar por escrito su contenido de servidumbre humana para tenerse por entendido y hacerse operar. Era una fórmula de tan expresa como relativa exclusión constitucional, pues unas *lois particulieres* o especiales con todo lo que en ellas podía así en efecto entenderse y activarse, se declaraban por Constitución ubicándose bajo su imperio. Las nombro también en francés porque Francia tampoco dejaba de participar de forma expresa⁽⁵⁹⁾.

DRUFF, *American Congo: The African American Freedom Struggle in the Delta*, Cambridge 2003.

(58) Mariano L. de CASTRO y M^a Luisa de la CALLE, *Origen de la colonización española de Guinea Ecuatorial, 1777-1860*, Valladolid 1992, pp. 51-98; Manolo GARCIA FLORENTINO, *Em Costas Negras. Uma História do Tráfico Atlântico de Escravos entre a África e o Rio de Janeiro, Séculos XVIII e XIX*, Río de Janeiro 1995. Por la trayectoria y la secuela que nos interesan en mayor medida, Pierre VERGER, *Fluxo e refluxo do tráfico de escravos entre o Golfo de Benin e a Bahia de Todos os Santos dos séculos XVII a XIX*, São Paulo 1987; R.J. SCOTT (ed.), *The Abolition of slavery and the aftermath of emancipation in Brazil*, Durham 1988. Hebe Maria Mattos DE CASTRO, *Das Cores do Silêncio. Os Significados da Liberdade no Sudeste Escravista. Brasil, Século XIX*, Rio de Janeiro 1995. La autora lleva años promoviendo, bajo el nombre de *Memórias do Cativeiro*, la historia oral que recupere un pasado desde testimonios vivos: <http://www.historia.uff.br/labhoi/narrcat.htm>. Puede ser ejemplo del método ascendente al que hice referencia, aquel por el que una antropología cabe que contribuya a conocimiento de pasado y de presente a un tiempo pese a todos los cortocircuitos nada neutros de la propia historia y que la historiografía ordinaria suele despreciar, cuando no ignorar.

(59) Cristina Nogueira da SILVA, *Nação, territórios e populações nos textos constitucionais portugueses do século XIX*, en *Themis. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, 5, 2002, pp. 43-86. Constitución 1826, Acta Adicional de 1852, art. 15: « As Províncias Ultramarinas poderão ser governadas por Leis especiais, segundo a exigir a conveniência de cada uma delas », siguiendo en su caso precauciones. Los textos constitucionales portugueses se comprenden ahora en António M HESPANHA y C.N. da SILVA (eds.), *Fontes para a história constitucional portuguesa*, DVD, Lis-

Las *emancipatorias* en falso no eran prácticas aisladas por el Golfo de Guinea en aquellos tiempos constitucionales. Se avivaban ciertamente por las potencias coloniales, encabezadas por Gran Bretaña, en cuanto que alternativas a la esclavitud inspiradas por motivaciones no tan humanitarias como pragmáticas⁽⁶⁰⁾. El costo de mantenimiento de la mano de obra se reducía con la abolición en grado notable al menos para el patrón particular, pues no tanto para el presupuesto público. El estado intermedio entre esclavitud y libertad podía favorecer en todo caso a la antigua propiedad. La condición se manifestaba en todos los órdenes, inclusive el político de interés constitucional no menos sensible⁽⁶¹⁾.

Entre la esclavitud y otras formas de trabajo forzoso podía producirse una auténtica transferencia de cargas de la propiedad colonialista al Estado colonial. La misma política antiesclavista distaba por entonces de ser una cuestión constitucional de derechos. No vamos a decir que la esclavitud no fuera funcional a la economía de unos tiempos constitucionales, pues cabe que lo fuese⁽⁶²⁾, sino que

boa 2004, anunciándose la inclusión de estas fuentes en el sito de la Biblioteca Nacional: <http://www.bn.pt>; para dicha Constitución y sus actas adicionales, <http://www.arqnet.pt/portal/portugal/liberalismo/carta826.html>. A la fórmula en Francia ya me he referido.

⁽⁶⁰⁾ Monica SCHULER, *“Alas, Alas, Congo”: A Social History of Indentured African Immigration into Jamaica, 1841-1865*, Baltimore 1980; Seymour DRESCHER, *Free Labor vs. Slave Labor: The British and Caribbean Cases*, en S.L. ENGERMAN (ed.), *The Terms of Labor: Slavery, Serfdom, and Free Labor*, Stanford 1999, pp. 50-86, y ahora en su, de S. DRESCHER, *From Slavery to Freedom: Comparative Studies in the Rise and Fall of Atlantic Slavery*, Londres 1999, pp. 399-443; Thomas C. HOLT, *The Articulation of Race, Gender, and Political Economy in British Emancipation Policy, 1838-1866*, en Frederick COOPER, T.C. HOLT y R.J. SCOTT, *Beyond Slavery: Explorations of Race, Labor, and Citizenship in Postemancipation Societies*, Chapel Hill 2000, pp. 33-59, interesando la colección entera. Para la base de éste último, T.C. HOLT, *The Problem of Freedom: Race, Labor, and Politics in Jamaica and Britain, 1832-1938*, Baltimore 1992.

⁽⁶¹⁾ Gad J. HEUMAN, *Between Black and White: Race, Politics, and the Free Coloreds in Jamaica, 1792-1865*, Westport 1981; Mimi SCHELLER, *Democracy after Slavery: Black Publics and Peasant Radicalism in Haiti and Jamaica*, Gainesville 2000, también para el tiempo que nos interesa del XIX.

⁽⁶²⁾ Robert W. FOGEL y S.L. ENGERMAN, *Time on the Cross: The Economics of American Negro Slavery*, 1974, con adenda, New York 1989, y traducciones varias; la primera edición al castellano Madrid 1981; David ELTIS, *Economic Growth and the*

había alternativas precisamente más económicas para forzar al trabajo y disciplinarlo que además generalizarse y que de hecho se difundieron no menos que la esclavitud misma ⁽⁶³⁾. Es lo que aquí importa y es lo que se ponía en juego de formas que no se aprecian si tan sólo se toma en cuenta la dicotomía entre esclavitud y libertad ⁽⁶⁴⁾.

En su vertiente contractual, unas prácticas podían además guardar relación con procedimientos bastante experimentados por América, particularmente en los Estados Unidos para la inmigración europea, con la diferencia básica de que allí interesaba a gente libre a quienes se les organizaba y financiaba la emigración a cambio de determinados años de servidumbre práctica. Se hacía la distinción entre *servant* o esclavo de por vida e *indentured servant* o siervo por contrato, el que equivalía al *emancipado* de las disposiciones guineanas o también con anterioridad antillanas. Por los Es-

Ending of the Transatlantic Slave Trade, New York 1987. Hay también historiografía de tipo antropológico, a la que luego haré alguna referencia, considerando el encaje de la esclavitud en sociedades patriarcales como lo sería presuntamente todavía la sureña estadounidense o, por su parte, algunas africanas, pero creo que resulta en este punto más ilustrativa la colación de la desnudamente económica.

⁽⁶³⁾ Más centrado y específico, para momento ulterior pero con entrada en todo caso de interés sustancial respecto al asunto preciso del trabajo, F. COOPER, *Decolonization and African Society: The labor question in French and British Africa*, Cambridge 1996, con adenda: F. COOPER, *Conditions Analogous to Slavery: Imperialism and Free Labor Ideology in Africa*, en el mismo, T.C. HOLT y R.J. SCOTT, *Beyond Slavery: Explorations of Race, Labor, and Citizenship in Postemancipation Societies*, pp. 107-149. Añádase todavía R.J. SCOTT, *Degrees of Freedom: Louisiana and Cuba after Slavery*, Cambridge 2005, pp. 253-269. Se cuenta además ahora con R.J. SCOTT, T.C. HOLT, F. COOPER y Aims MACGUINNES (eds.), *Societies After Slavery: A Select Annotated Bibliography of Printed Sources on Cuba, Brazil, British Colonial Africa, South Africa, and the British West Indies*, Pittsburgh 2004.

⁽⁶⁴⁾ W. KLOOSTERBOER, *Involuntary Labour since the Abolition of Slavery: A Survey of Compulsory Labour Throughout the World*, Leiden 1960; Kay SAUNDERS (ed.), *Indentured Labour in the British Empire, 1834-1920*, Londres 1984; David NORTHRUP, *Indentured Labor in the Age of Imperialism, 1834-1922*, New York 1995; S.L. ENGERMAN (ed.), *The Terms of Labor: Slavery, Serfdom, and Free Labor*, ya citado, como serie de hitos historiográficos en la identificación de dicho estado de servidumbre postesclavista bajo nombres como el de emancipación y por supuesto el de libertad respecto al que la especialidad de historia jurídica, que debiera ser por dominio de materia la más clarividente, se muestra la más ciega.

tados Unidos, el respaldo de los poderes públicos no llegaba a formalizarse en tales términos de *tutela*, pero su fuerza resultaba análoga durante el tiempo del *contrato*. Tampoco es que el tratamiento tuitivo estuviera ausente, pues se reservaba precisamente a los pueblos indígenas. Desde 1787, la Constitución de los Estados Unidos no especificaba nada sobre la tutela, pero garantizaba en un solo pronunciamiento la subsistencia de una y otra servidumbre, la permanente y la temporal (art. IV, sec. 2, par. 3: « No person held to service or labor... »). La tutela sobre indígenas es construcción jurisprudencial de la Suprema Corte Federal. En definitiva, el derecho del trabajo podía ser por entonces literalmente servil incluso en las metrópolis constitucionales al tiempo que cabía en aquel mismo constitucionalismo la tutela para el caso de indígenas ⁽⁶⁵⁾.

No dejemos tampoco de recordar, pues luego, tras la abolición de impulso federal, tiende a caer en el olvido, que en los mismos Estados Unidos, inclusive los del norte menos esclavistas, existía desde temprano una experiencia desenvuelta de tratamiento de la *emancipación* como estado de derecho más cercano todavía a la servidumbre que a la libertad ⁽⁶⁶⁾. La gestión en terreno constitucional del mantenimiento abierto durante décadas de la esclavitud por los Estados sureños pudo también contribuir a la formación de un patrimonio jurídico, otro aquí no nos ocupa, del que seguiría sacándose provecho tras la misma abolición federal para políticas de sometimiento humano en el orden no sólo laboral ⁽⁶⁷⁾. Por América

⁽⁶⁵⁾ Christopher L. TOMLINS, *Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic*, Cambridge 1993; Karen ORREN, *Master and Servant Law and Constitutional Rights in the United States during the Nineteenth Century: A Domain-Specific Analysis*, en Willibald STEINMETZ (ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age: Comparing Legal Cultures in Britain, France, Germany, and the United States*, Oxford 2000, pp. 313-334; B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights*, pp. 9-22.

⁽⁶⁶⁾ Arthur ZILVERSMIT, *The First Emancipation: The Abolition of Slavery in the North*, Chicago 1967; Paul FINKELMAN, *Imperfect Union: Slavery, Federalism, and Community*, Chapel Hill 1981, pp. 3-101; Gary B. NASH y Jean SODERLUND, *Freedom by Degrees: Emancipation in Pennsylvania and its Aftermath*, New York 1991.

⁽⁶⁷⁾ Thomas D. MORRIS, *Southern Slavery and the Law, 1619-1860*, Chapel Hill 1996; P. FINKELMAN (ed.), *Slavery and the Law*, Madison 1997; tras la abolición en el ámbito federal o no sólo sureño: Desmond KING, *Separate and Unequal: Black Americans and the US Federal Government*, Oxford 1995; Ira KATZNELSON, *When Affirmative*

Latina durante el siglo XIX, se conocen tras la esclavitud, además de los eventuales estados de *emancipación*, fenómenos acentuados de privatización del dominio sobre las personas mediante formas oportunas de propiedad y contrato que no se tenían por viciadas, sino todo lo contrario, en razón de producir tal efecto de sujeción humana (68).

Conviene en fin retenerse el espectro nutrido de las referencias americanas, la estadounidense inclusive también por lo que veremos en el orden internacional, pues se cierne durante el siglo XIX, colonialismo mediante, sobre África. Entre esclavitud y libertad, hay un mundo de ordenamiento nunca formulado sistemáticamente ni por entero (69). Todo sumado, tras el largo periodo de esclaviza-

Action Was White: An Untold History of Racial Inequality in Twentieth-Century America, New York 2005.

(68) Andrés GUERRERO, *The Administration of Dominated Populations under a Regime of Customary Citizenship: The Case of Postcolonial Ecuador*, en Mark TURNER y el mismo A. GUERRERO (eds.), *After Spanish Rule: Postcolonial Predicaments of the Americas*, Durham 2003, pp. 272-309. Entre México y Estados Unidos se dio la práctica más notoria del *peonage*, sustancialmente esclavitud también, incluso reconocida como tal, después de las respectivas aboliciones en ambos casos: B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights*, pp. 81, 113 y 114. Ciertamente, la historia de las prácticas jurídicas sustancial y no formalmente esclavistas, inclusive las permitidas por el estado de emancipación, está por identificar, más todavía así que por hacer, en la propia especialidad del derecho, bien que historiografía la haya, así del mismo A. GUERRERO, *La semántica de la dominación. El concertaje de indios*, Quito 1991; con anterioridad, aun considerando el caso cubano como una singularidad provocada por la política británica, I. ROLDÁN DE MONTAUD, *Origen, evolución y supresión del grupo de negros "emancipados"*. Resulta llamativo el indicio de que, en los índices telemáticos de la revista que publicara este trabajo, la *Revista de Indias* (<http://161.111.141.93/indias>), el concepto de "emancipación" sólo aporta en plan unívoco trabajos sobre la independencia de Latinoamérica.

(69) F. COOPER, *Decolonization and African Society: The labor question in French and British Africa*, p. 25: « The dichotomy of free and coerced labor offered little guidance to the daily practice of colonial administration and left in the shade an enormous and ambiguous terrain where colonial governments exercised power over how Africans worked »; R.J. SCOTT, *Slave Emancipation in Cuba*, adenda 2000, p. 297, abundando en la idea de que no hubo un partaguas, como fuera ilusión entonces de la metrópolis y luego de la historiografía, entre esclavitud y libertad. Es perspectiva que motiva, como ya hemos observado, el propio título del estudio más específico sobre el caso de Guinea, el de I.K. SUNDIATA, *From Slaving to Neoslavery*. La historiografía habitual española

ción, sangría, tráfico y trata, se tiene como alternativa colonial para África la suma y el saldo de servidumbre jurídicamente libre y tutela políticamente impuesta, de esta doble estrategia muy aquilatada a aquellas alturas con diversidad de modalidades por América. He ahí el escenario de un derecho contractual e incluso colectivo del trabajo. De la experiencia americana y para el colonialismo en África, hubo un efectivo aprovechamiento europeo por una geografía intercontinental dilatada, un provecho no sólo español entre las Antillas y Guinea. ¿Tiene algo que ver con estas transferencias que animal sometido a experimento sea en castellano *conejillo de Indias*, esto es América, y en inglés, por su parte, *Guinea pig*, porcino de Guinea? Unos colonialismos, el español como el británico o el europeo en suma, no tenían en todo caso otro concepto del trabajador indígena, cobaya para disección desangrándose en laboratorio de civilización.

Para Bioko, disposiciones que así neurálgicamente afectaban a derechos de individuos teóricamente libres o al menos jurídicamente no esclavos se adoptaban además como mera orden del Gobierno, el metropolitano, sin participación parlamentaria acreditada ni intervención judicial prevista, salvo esto por causa penal que se considerara grave. La crueldad patronal no entraba en el supuesto para el *reglamento de emancipados*: « Los patronos que tratasen cruelmente a los emancipados serán castigados gubernativamente con arreglo a las circunstancias del caso » (cap. IV, art. 8). El gobierno de la colonia le secundaba o también se anticipaba, pues era previsora. Era un poder normativo el gubernamental metropolitano y colonial, sumados y por separado, con capacidad materialmente judicial así también ambos, que se consideraba entonces regular y duradero, no excepcional ni ocasional. Ya que hemos citado el

y no sólo española sobre abolición responde por lo general todavía a la tendencia de considerar las condiciones de emancipación como un régimen transitorio sin mayores motivaciones ni implicaciones que la de compensación a la propiedad, a la parte beneficiada y no a la despojada por la esclavitud, lo que es desde luego de lo más relevante, pero que deja el asunto como si fuera definitivamente privado entre partes. Para una visión no imperialista sobre la abolición, frente a tantas que aún proliferan, Marouf A. HASIAN, JR., *Colonial Legacies in Postcolonial Contexts: A Critical Rhetorical Examination of Legal Histories*, New York 2002, pp. 25-55.

principio, reproduzcamos también el final del *reglamento de emancipados* de 1864: « El Gobierno introducirá en este Reglamento cuantas reformas vayan acreditándose necesarias por la experiencia ». Por su parte, el gobierno colonial ejerció y se le reconocería, con motivación que remitía a la práctica de las *Leyes de Indias*, normas que fueran originalmente dirigidas a América y Asia, la facultad discrecional de interpretar, modular y hasta inaplicar las disposiciones metropolitanas (70).

El *reglamento de trabajo* de 1906 se promulgará expresamente como *provisional*, pero en la colonia lo era toda norma. Todo derecho, inclusive o ante todo el subjetivo en el caso de indígenas, estaba a disposición del poder colonial, lo cual también encierra un aviso metodológico. Helo. Los textos normativos nos ofrecen una idea ligera, muy ligera, de la experiencia efectiva que sería sin duda peor, bastante peor, para los derechos, esto es para las personas. Dicho de otra forma, existían realmente las *leyes de la colonia* sobrentendidas desde el principio. Las mismas resultaban de una índole básicamente consuetudinaria de cuyo contenido además la posible reducción por escrito sólo podía ofrecer tan parcial imagen como pálido reflejo. Así era el *orden de la colonia* como también se nos decía desde un arranque.

La costumbre no era sólo cosa propia de la parte sometida a colonialismo. Ignorante de lenguas y culturas como soy, aquí no trato de derecho consuetudinario indígena, sino del colonialista, que también existía e incluso primaba por la fuerza del propio colonialismo. El primer establecimiento de España por el Golfo de Guinea, el del siglo XVIII, no necesitó el respaldo de norma alguna formulada específicamente por escrito para capturar y transportar esclavos. La genuina ley colonial del XIX, *ley privada* de propietarios y empresarios esclavistas y *emancipadores*, tampoco tenía nece-

(70) C. PETIT, *Detrimentum Rei Publicae*, pp. 434-436. Como no dejaremos de constatar, la expansión hasta África del llamado *Derecho Indiano* con dicha manifestación eminente por escrito de las *Leyes de Indias*, tiene también su expresión, aun apocada, en la historiografía.

sidad ninguna de escritura. A esto desde luego regresaremos, pues resulta clave ⁽⁷¹⁾.

5. *Reto constituyente: los derechos y las colonias, la propiedad y el trabajo.*

En la metrópolis volvieron a producirse cambios constitucionales allá por más que mediado el siglo, el XIX. Se precipitan desde septiembre de 1868 con un planteamiento de derechos de libertad cual factor constituyente bien activo en un medio además receptivo allá por la metrópolis ⁽⁷²⁾. Resulta la Constitución de 1869 que en algo hubo de modular, por su misma premisa de derechos de libertad, por su compromiso con ellos, el capítulo colonial ⁽⁷³⁾. Con tal

⁽⁷¹⁾ Contra, el mismo C. PETIT, *Detrimentum Rei Publicae*, p. 429, tras referirse a prensa colonial de principios del XX: « Ya se ve que el contexto periodístico de las leyes guineanas no se remonta más allá de comienzos de este siglo [el XX]. Realmente tampoco lo hacen esas mismas leyes », lo que asegura no por ignorarlas por supuesto, pues no deja de tener a mano las *Leyes Coloniales* de Agustín MIRANDA, sino por darlas así prácticamente por irrelevantes, escritas y todo, para una larga primera fase. La impresión de que el tracto efectivo de derecho colonial español sólo arranca en Bioko con el siglo XX se incrementa con unos usos evasivos de la historiografía general, a los que ya me referí, y más específicamente, por lo que también hemos visto, con la compilación de *Legislación del Trabajo* de S. LLOMPART, por cuanto que toma como punto de partida el reglamento de trabajo indígena de 1906. Para despejar en la materia el espejismo, ya se ve que no basta contraponer la otra colección. Hace falta advertir que dicho reglamento no es en lo sustancial derecho nuevo, sino formulación por escrito de derecho consuetudinario, extremo al que ya digo que habré de retornar. La compilación inédita, la *Legislación referente a Territorios Españoles del Golfo de Guinea*, arranca en 1777, pero ya veremos que lo hace en falso.

⁽⁷²⁾ María Paz BATTANER, *Vocabulario político-social en España, 1868-1873*, Madrid 1977.

⁽⁷³⁾ La compilación de *Legislación referente a Territorios Españoles del Golfo de Guinea*, dada la fecha de su conclusión, hubo de realizarse por este momento en el Ministerio de Ultramar, que existía desde 1863, en orden al replanteamiento normativo que vamos a ver, por razón de cuyo mismo destino de servir para unos cambios que se entendían de fondo quedó inédita o, mejor, no se destinaba a la imprenta. El ejemplar por partida doble de la Biblioteca Nacional parece copia posterior de algún original de archivo que no indica y que nadie, a lo que alcanzo, tiene localizado. Las fechas de confección señaladas en el catálogo telemático (<http://www.bne.es/esp/catalogos.htm>)

motivación, daba en efecto entrada a representación colonial y competencia parlamentaria: « Las Cortes Constituyentes reformarán el sistema actual de gobierno de las provincias de Ultramar cuando hayan tomado asiento los Diputados de Cuba o Puerto Rico, para hacer extensivas a las mismas, con las modificaciones que se creyeren necesarias, los derechos consignados en la Constitución. El régimen porque se gobiernan las provincias españolas situadas en el archipiélago filipino será reformado por una ley » (arts. 108 y 109). Es giro apreciable de previsión no tan limitada pues se potencia por el contexto de la propia norma sustentada en derechos de libertad constituyentes (74).

Sobre África, silencio. Ya es una limitación con apariencia de exclusión, aunque parece que, con interés e impulso metropolitanos, la Constitución se recibiría y hasta juraría en Bioko por las autoridades coloniales como si hubiera no sólo de comprometerlas, sino de regir quizás en estas latitudes (75). Respecto a las Antillas, como puede verse, lo que se consigna en cambio es una reintegración representativa, pero tampoco por aplicación inmediata de la premisa constituyente, la de derechos de libertad, pues lo que explícitamente se prevé es una extensión en términos indeterminados

para cada uno de dichos ejemplares, 1867 y 1967, parecen por igual contaminadas e improbables. Como ya he advertido, son una misma colección con la mismísima mecanografía. Aparte ésta, cuya posibilidad técnicamente ya existía, pero que no estaba aún en uso por dicha época, la referencia del título, que es del ejemplar y no de la biblioteca, a *Territorios Españoles del Golfo de Guinea* para disposiciones que se dirigen a Bioko, *Fernando Póo* por supuesto, con algunas para Cuba interesando a África, indica que la copia es del siglo XX y no del mismo XIX. Es en todo caso material que se encuentra pendiente de una catalogación afinada por la misma biblioteca, según me dicen ante mi advertencia sobre la problemática datación. El asunto de la compilación de este derecho colonial está por estudiar. J. ALVARADO, *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar*, como ya advertí, no excluye el caso de Bioko porque pudiera entender que no se comprende en la categoría de *provincia*. C. PETIT, *Detrimentum Rei Publicae*, tampoco lo aborda.

(74) C. SERVÁN, *Laboratorio constitucional en España. El individuo y el ordenamiento, 1868-1873*, Madrid 2005, la compañía ahora obligada para el abordaje de esta hora constitucional.

(75) C. PETIT, *Detrimentum Rei Publicae*, p. 432; M.L. de CASTRO, *La revolución de 1868 y la Guinea española*, en *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 2003, Número Extraordinario, pp. 191-204.

que quedan a disposición de la ley ordinaria, del parlamento en todo caso. La disposición no es nada ambigua. De modo alguno entonces, juramento mediante y todo, las colonias participan sin más del constitucionalismo español que ahora, con la Constitución de 1869, categóricamente es de derechos de libertad con alcance constituyente. Conviene repetirlo pues llega en efecto a interesar a colonia. Cómo fuese, es la cuestión ⁽⁷⁶⁾.

Antes de la Constitución misma se ha prestado de hecho una repentina atención a la zona del Golfo de Guinea con el planteamiento de una importante reforma de *Administración Local*. Tal es el concepto bajo el que la medida aparece en el índice de las *Leyes Coloniales*. Se trata de un decreto gubernamental de mediados de noviembre de 1868 que trae una inusitada y beligerante exposición de fines y medios resultando en suma todo un estatuto orgánico. Estamos en plena oleada de disposiciones del gobierno revolucionario provisional entre las que, con vistas a las elecciones constitucionales y determinaciones constituyentes, figuran las de reconocimiento de derechos de libertad en la metrópolis sin especial referencia a colonias, aunque algunas pudiera entenderse que anunciaban novedades por igual, ya sin el distinguo, para Ultramar ⁽⁷⁷⁾. El decreto específico para Guinea va a invocar y registrar también libertades. No deja de hacerlo. Y se referirá al trabajo. Vamos a contemplar el contexto de los derechos, el particular del decreto, para poder apreciar el pronunciamiento concreto en materia laboral.

Este estatuto orgánico de 1868 para islas del Golfo de Guinea plantea una reforma institucional definiendo los poderes del Gobernador y disponiendo el establecimiento de organismos. Respecto

⁽⁷⁶⁾ M.D. GARCÍA CANTÚ, *Fernando Póo, una aventura colonial*, pp. 495-499, con un pie de entrada bien expresivo por lo que ahora veremos: « Aunque parezca mentira... ».

⁽⁷⁷⁾ *Disposiciones adoptadas y publicadas por el Ministerio de la Gobernación desde el 9 de Octubre de 1868 hasta la apertura de las Cortes Constituyentes*, Madrid 1869, encabezando el anuncio de intenciones del gobierno provisional, pues no llega a programa, y viniendo acto inmediato el decreto de supresión de justicia en manos del ejecutivo sin referencia explícita alguna, ninguna de estas dos piezas y un largo resto, a colonias. Respecto al decreto específico de noviembre del 68, por encontrarse en la colección de *Leyes Coloniales* de Agustín MIRANDA, ahorro nota, como dejé advertido.

a esto segundo, se programa la instalación de Delegación de Fomento, Parroquia y Juzgado, dicho así en una exposición de motivos por ese orden, el *fomento* de la economía por delante ahora de *religión* y también siempre de *justicia*. Para lo primero, no hay realmente novedad, pues, con evocación de *Leyes de Indias*, se trata de un poder que, cual buena función colonial, como se conserva y prolonga es en unos términos de indeterminación (art. 4):

« Se le inviste [al Gobernador] de todas las atribuciones conferidas por las leyes vigentes de las Autoridades superiores de las provincias de ultramar y de las discrecionales que la naturaleza del país o la urgencia de un suceso imprevisto puedan hacer necesarias ».

La justicia se mantiene bajo el perfil mínimo de un juez de funciones más asesoras del gobierno colonial que de autoridad entre partes. Así ya se había proyectado diez años antes, en un primer intento de estatuto orgánico de 1858, como si la novedad de los derechos de libertad constituyentes no interesase a la función judicial en la colonia. Una fórmula semejante de gobernador colonial con asesor letrado había sido ensayada y abandonada anteriormente por otras latitudes pues, faltando corte de justicia, no ofrecía garantías de ningún tipo ni siquiera a los colonos españoles ⁽⁷⁸⁾. Tengamos bien presente que ahora se plantea bajo presuntos principios de derechos de libertad.

Ahora, lo que importa fundamentalmente es el fomento de economía y a ello vienen ante todo las « libertades y franquicias » o una libertad concreta en singular, « la libertad completa de comercio », para alentarse « el espíritu de colonización », conforme se proclama por la exposición de motivos. Es una primacía entre libertades, la de mercado, acentuada en la metrópolis misma ⁽⁷⁹⁾. Ya se

(78) Manuel M^a de ARTAZA, *El Gobernador General de Filipinas: El último virrey español*, p. 352, en M^a Dolores ELIZALDE, J.M. FRADERA y Luís ALONSO (eds.), *Imperios y Naciones en el Pacífico*, vol. I, *La formación de una colonia: Filipinas*, Madrid 2001, pp. 347-365. El régimen en Filipinas se acercó de hecho durante el XIX a éste de Bioko, pero de derecho se mantuvo la corte de justicia en forma de Audiencia: Julia CELDRÁN RUANO, *Instituciones Hispanofilipinas del Siglo XIX*, Madrid 1994.

(79) Antón COSTAS, *Apogeo del liberalismo en "La Gloriosa". La reforma económica en el Sexenio liberal, 1868-1874*, Madrid 1988, sin tratar de las colonias. Puede

ha visto un orden encabezado por la economía, seguido por la religión y con la justicia a la cola.

Con esta sintaxis ya puede determinarse un derecho no exactamente de libertad sin más. Que el *fomento* propio, el metropolitano, requiere colonialismo de planteamiento sin solución de continuidad con el tiempo precedente viene a proclamarlo el decreto en su primer artículo:

« Por el Ministerio de Ultramar se seguirán adoptando las medidas oportunas para la colonización de las posesiones españolas de Fernando Póo, Annobón, Corisco y sus dependencias en el golfo de Guinea ».

Asistimos a la invasión de territorio y a la penetración en sociedad. Tal es la *colonización*. No sólo se programa por vía de fuerza. La nueva figura de Jefe de Fomento se encarga « del estudio y ejecución de cuanto pueda contribuir al desarrollo moral y material de aquellas posesiones » (art. 6). El propio Gobernador cuenta ahora con la asistencia de « un intérprete que posea los idiomas inglés, francés y portugués », estos europeos en concreto (art. 5). Ninguna previsión hay sobre lenguas indígenas, como si no existieran o como si no fuera necesaria la comunicación mediante ellas.

El medio de penetración en el que se confiaba era el de la enseñanza del castellano por las misiones católicas que produjera el desplazamiento de otras lenguas, como la bubi o adiyah⁽⁸⁰⁾. Esto se esperaba y hasta se daba un tanto ilusamente por hecho. La expulsión de baptistas no había sido cuestión tan sólo religiosa. Enseñaban inglés y alimentaban lenguaje igualmente ajeno al castellano⁽⁸¹⁾. Por supuesto que había otras diferencias, como por ejemplo que los jesuitas eran agentes del orden colonial, si no más eficaces, al menos más incondicionales que los baptistas, no porque

contrapuntarse con José Antonio PIQUERAS, *La revolución democrática, 1868-1874. Cuestión social, colonialismo y grupos de presión*, Madrid 1992.

⁽⁸⁰⁾ Antonio QUILIS y Celia CASADO FRESNILLO, *La lengua española en Guinea Ecuatorial*, Madrid 1995; Augusto IYANGA PENDI, *Bibliografía de las lenguas de Guinea Ecuatorial y africanas*, Valencia 1996. Ya indiqué sitio de internet para la lengua adiyah.

⁽⁸¹⁾ John HOLM, *Pidgins and Creoles*, Cambridge 1988-1989, vol. II, *Reference Survey*, pp. 277, 283, 418-420 y 430.

éstos fuesen anticolonialistas ni mucho menos, sino porque fomentaban congregaciones integradas y participativas, pero la lengua por sí sola comprometía la propia presencia de un colonialismo católico (82). Nada de esto se contrarresta ni se concibe que debiera en 1868. La parroquia se ha colocado por delante del juzgado y por detrás del fomento.

Proseguimos por el momento constitucional. Lo hace el mismo estatuto orgánico de 1868. Con él llegamos a los derechos, como llegaremos al trabajo. Si hemos contenido la impaciencia, puede ahora comenzar a verse recompensada. Si estamos esperando, con todo lo dicho sobre la primacía de la economía, el reconocimiento del derecho de propiedad, es lo que en efecto se produce, pero, sorpresivamente por cuanto venimos viendo, en beneficio indígena (art. 17):

« Se declaran propiedad de los hijos del país las tierras que cultiven al presente y el área de los solares que tengan ocupados con edificios dentro del casco de las poblaciones ».

No nos detengamos ahora en detalles como el de que unas expresiones, la de *cultivar al presente* las tierras y la de *tener ocupados* los solares, están presuponiendo que el sujeto de condición indígena carece por sí de derecho, recibéndolo del reconocimiento colonialista por vía de aceptación de hecho, razón por la cual se hace a continuación la previsión de « regularizar la propiedad rústica y urbana » por parte de « reglamentos y registros » coloniales. Es la pauta (83). Mas observemos todavía que, para mayor sorpresa a la

(82) Para consideración de tal actuación baptista en sociedades incluso abiertamente esclavistas, Rhys ISAAC, *The Transformation of Virginia, 1740-1790*, 1982, con adenda en forma de prefacio, Chapel Hill 1999. No conozco ningún estudio comparativo entre misiones protestantes y católicas en escenarios africanos a los efectos que aquí interesan. J. CREUS, *Action missionnaire en Guinée Équatoriale, 1858-1910*, se concentra en las misiones católicas.

(83) Contra, C. PETIT, *Detrimetum Rei Publicae*, p. 432-433, para quien asistimos a « un reconocimiento prudente de libertades » en un periodo que sería de paréntesis, apreciándose con esto discontinuidad entre, de una parte, las fases precedente y consecutiva y, de otra, este momento de 1868 junto al inmediato de una efímera República federal cuyo proyecto de Constitución, que alcanzó estado parlamentario en 1873, reiterara la previsión de legislación especial, ahora se diría por dicho texto fallido que

luz de todo lo que estamos viendo, dicho reconocimiento viene precedido y seguido por la proclamación paladina de un principio de igualdad de derechos, religión inclusive, entre indígenas y no indígenas (arts. 16 y 32):

« Disfrutarán iguales derechos para todos los efectos de ley los indígenas sometidos a España, los nacionales y los extranjeros que se avecinden y arraiguen en dichas posesiones ».

« Así los indígenas como los nacionales y extranjeros serán respetados en su religión, usos y costumbres, siempre que no se opongan a las leyes de la moral y orden público, ni excusen la obediencia que deben prestar a la soberanía de España ».

Tampoco vamos a reparar ahora en nimiedades para el dominio colonial como en todo lo que pudiera suponer para creencias y prácticas africanas la prevalencia de *moral y orden público* europeos o en lo que pudiese entrañar para unos pueblos del Golfo de Guinea *la obediencia* debida a *la soberanía* española. Con derechos y todo, se trata de *indígenas sometidos a España*. Andamos con prisas por llegar al extremo del trabajo. Y he aquí que la sorpresa se acrecienta e incluso redobla hasta extremos de perplejidad si reparamos en los que se manifiesta y en lo que se silencia. Tras la proclamación del principio de igualdad de derechos y tras el reconocimiento aparente del derecho de propiedad indígena, esto es lo que se dispone sobre trabajo (art. 29):

« Para el servicio y construcción de obras públicas se establece en la colonia la prestación personal ineludible, con arreglo a las cláusulas que determinará el reglamento ».

Ahí tenemos trabajo forzoso. Se dice *la prestación personal in-*

destinada no sólo a las provincias de América, sino también a los territorios de África y Asia para « implantar allí los derechos naturales del hombre » y « procurar una educación humana y progresiva ». De prosperar, habría sido la primera Constitución española no sólo en registrar, reforzando el alcance constituyente, *derechos naturales*, en todo caso sólo *del hombre* con acepción de género, sino también, si exceptuamos la referencia implícita, como provincia, a Canarias, en ocuparse de *África* y, sin entender por su parte, la constitucional, que el archipiélago canario se comprendiese, así nombrarla. Veremos luego cómo, guardándose consecuencia con dicha valoración del proyecto de 1873, puede también, a mi entender, distorsionarse la posición histórica de la doctrina jurídica de tal mismo signo militantemente *civilizatorio* en nombre, no de religión ni similar, sino de *derechos del hombre*.

eludible con el cuidado de no manifestarse francamente lo que resulta bien palmario. La previsión se refiere a indígenas, a parte quizás de ellos, pero tan sólo a ellos. La idea de la prestación forzosa podrá guardar un hilo de conexión con un reglamento que ya conocemos, el de 1906. La presuposición desigual de igualdad de derechos tampoco tendría por qué cancelarse. Una lógica también siempre se guarda. Ya sabemos que existe una laxa categoría de *reputados como libres* entre la libertad y la esclavitud, hállese o no de *emancipación*. Podía haber, entre dominio y sujeción esclavistas, derecho de propiedad con obligación de trabajo aparejada, lo uno para colonialistas y lo otro para colonizados.

Interesa no sólo reparar en que la propiedad no indígena, la de parte colonialista, no necesitaba el reconocimiento en la colonia o en que incluso se rebajaría si dependiese de ello, sino también y sobre todo en que con todo media una diferencia radical entre derechos propietarios. Hay propiedad que implica derecho, por así decirle, de acesión o apropiación de trabajo ajeno mientras que otra lo que puede comportar es obligación de trabajo propio. No habrá que especificarse a estas alturas cual sea cada una. Nos consta la continuidad colonial entre *obra pública* y propiedad que se tiene por genuina, la no indígena desde luego. El dominio sobre cosas como derecho con título de acesión de trabajo de personas no es ocurrencia mía para explicar en términos jurídicos aquel planteamiento. Era concepción de la metrópolis⁽⁸⁴⁾. Por la colonia, podrían espigarse por añadidura disposiciones más sangrantes, como algunas nuevas sobre la servidumbre temporal de kru o krumanes del Liberia, pero me abstengo, no por parecerme insustancial ni mucho menos el asunto⁽⁸⁵⁾, sino porque aquí sería como hurgar en

⁽⁸⁴⁾ B. CLAVERO, *La propiedad considerada como capital: En los orígenes doctrinales del derecho actual español*, en estos *Quaderni Fiorentini*, 5-6, 1976-1977, pp. 509-548, los números monográficos sobre propiedad.

⁽⁸⁵⁾ Christine BEHRENS, *Les Kroumen de la Côte Occidentale d'Afrique*, Talence 1974; Ronald W. DAVIS, *Ethnohistorical Studies on the Kru Coast*, Newark 1976; Jo Mary SULLIVAN, *Settlers Politics in the Nineteenth Century: The Case of Sinoe County, Liberia*, Boston 1980; Jane J. MARTIN, *Krumen 'Down the Coast': Liberian Migrants on the West African Coast in the Nineteenth Century*, Boston 1982; Diane FROST, *Work and*

la llaga sin mayor provecho de diagnosis. También había habido poco antes, en 1863, un reglamento sobre «servicio doméstico» contemplando trabajo infantil en términos prácticamente esclavistas bajo «tutela y protección» del gobierno colonial niños y niñas «sirvientes cuyos padres no residan en la misma localidad»⁽⁸⁶⁾.

Conviene que tengamos bien presente el cuadro para apreciar el alcance exacto de aquel momento constitucional. La Constitución vino a continuación, en 1869, pero sin hacer novedad, aunque en principio debiera. No sólo reconocía derechos de libertad, sino que también, para garantizarlos de inmediato, sin espera a reformas legislativas o judiciales, tipificaba como delitos, no sólo mediante ley, sino también directamente, o tenía como conductas sujetas a responsabilidad económica los actos del ejecutivo o del judicial que atentasen contra la libertad personal⁽⁸⁷⁾. ¿Cómo podrían entonces

Community among West African Migrant Workers Since the Nineteenth Century, Liverpool 1999.

⁽⁸⁶⁾ *Legislación referente a Territorios Españoles del Golfo de Guinea*, pp. 81-83.

⁽⁸⁷⁾ Constitución 1869, arts. 2: «Ningún español ni extranjero podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito»; 3: «Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención. Toda detención se dejará sin efecto o elevará a prisión dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al Juez competente. La providencia que se dictare se notificará al interesado dentro del mismo plazo»; 4: «Ningún español podrá ser preso sino en virtud de mandamiento de Juez competente. El auto por el cual se haya dictado el mandamiento se ratificará o repondrá, oído el presunto reo, dentro de las setenta y dos horas siguientes al acto de la prisión»; 5: «Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo, o de agresión ilegítima procedente de adentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro. Fuera de estos casos, la entrada en el domicilio de un español o extranjero residente en España, y el registro de sus papeles o efectos, sólo podrán decretarse por Juez competente y ejecutarse de día. El registro de estos papeles y efectos tendrá siempre lugar a presencia del interesado o de un individuo de su familia; y en su defecto de dos testigos vecinos del mismo pueblo. Sin embargo, cuando un delincuente hallado in fraganti y perseguido por la Autoridad o sus agentes se refugiare en su domicilio, podrán éstos penetrar en él sólo para el acto de la aprehensión. Si se refugiare en domicilio ajeno, precederá requerimiento al dueño de éste»; 8: «Todo auto de prisión, de registro de morada o de detención de la correspondencia escrita o telegráfica, será motivado. Cuando el auto carezca de este requisito, o cuando los motivos en que se haya fundado se declaren en juicios ilegítimos o notoriamente insuficientes,

sostenerse aquellas *leyes privadas* de 1843 permitiendo tales medidas respecto a indígenas? « Sea sentenciado a obras y trabajos duros y su alimento sea yame y agua por un periodo de tiempo que tuvieren a bien determinar el Gobernador y el Consejo », el gobernador y el consejo coloniales por supuesto. Y no digamos de la flagrante inconstitucionalidad de dicho reglamento de 1863 sobre « servicio doméstico » en la colonia. El caso es que no se acusó en absoluto. Igual ocurre respecto a las medidas recientemente ejecutadas frente a las misiones baptistas. La Constitución de 1869 no reconocía un derecho estricto de libertad de religión, pero tampoco asumía una confesionalidad que pudiese ofrecer cobertura a políticas de exclusión religiosa y, aún menos, de privación patrimonial ⁽⁸⁸⁾. Nada sin embargo se rectificó. El orden colonial permane-

la persona que hubiere sido presa, o cuya prisión no se hubiere ratificado dentro del plazo señalado en el Artículo 4, o cuyo domicilio hubiere sido allanado, o cuya correspondencia hubiere sido detenida, tendrá derecho a reclamar del Juez que haya dictado el auto una indemnización proporcional al daño causado, pero nunca inferior a 500 pesetas. Los agentes de la Autoridad pública estarán asimismo sujetos a la indemnización que regule el Juez cuando reciban en prisión a cualquiera persona sin mandamiento en que se inserte el auto motivado, o cuando la retengan sin que dicho auto haya sido ratificado dentro del término legal »; 9: « La Autoridad gubernativa que infrinja lo prescrito en los Artículos 2, 3, 4, y 5 incurrirá, según los casos, en delito de detención arbitraria o de allanamiento de morada, y quedará además sujeta a la indemnización prescrita en el párrafo 2 del Artículo anterior »; 10: « Tendrá asimismo derecho a indemnización, regulada por el Juez, todo detenido que dentro del término señalado en el Artículo 3 no haya sido entregado a la Autoridad judicial. Si el Juez, dentro del término prescrito en dicho Artículo, no elevare a prisión la detención, estará obligado para con el detenido a la indemnización que establece el Artículo 8 »; 12: « Toda persona detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en esta Constitución, será puesta en libertad a petición suya o de cualquier español. La ley determinará la forma de proceder sumariamente en este caso, así como las penas personales y pecuniarias en que haya de incurrir el que ordenare, ejecutare o hiciere ejecutar la detención o prisión ilegal »; y más aún como enseguida se verá.

⁽⁸⁸⁾ Constitución 1869, arts. 13: « Nadie podrá ser privado temporal o perpetuamente de sus bienes y derechos, ni turbado en la posesión de ellos, sino en virtud de sentencia judicial. Los funcionarios públicos que bajo cualquier pretexto infrinjan esta prescripción, serán personalmente responsables del daño causado. Quedan exceptuados de ella los casos de incendio e inundación u otros urgentes análogos, en que por la ocupación se haya de excusar un peligro al propietario o poseedor, o evitar o atenuar el mal que se temiere o hubiere sobrevenido »; 14: « Nadie podrá ser expropiado de

ció impasible al ordenamiento constitucional. Podía además perfectamente reproducirse como orden consuetudinario. Y no cabe decir que no se le tuviera a la vista en un proceso constituyente. Se tenían presentes en la metrópolis incluso disposiciones meramente locales que nunca habían sido publicadas en prensa ni oficial ni oficiosa ni privada ⁽⁸⁹⁾.

Tras la Constitución de 1869 con todos sus flamantes derechos no se produjo para la colonia novedad en el sentido incluso más literal. No la hubo mínimamente relevante durante su periodo de vigencia entre las *Leyes Coloniales* de Guinea, las que no son *leyes* y que como tales se coleccionaran. Las prisas se han agotado. Parece bastar con lo decretado el año anterior. Sintonizando sin problemas con la previsión de 1868 que a su vez guardaba continuidad con el tracto precedente, el *Reglamento del Trabajo Indígena* vendrá, como sabemos, en 1906. Se ha producido por medio otro cambio constitucional en la metrópolis, pues hay nueva Constitución en 1876 manteniendo el registro de los derechos y cancelando al tiempo toda la vertiente garantista de su alcance constituyente por vía de recorte drástico y silencio estratégico. El giro es manifiesto en punto a religión ⁽⁹⁰⁾. No hay novedad que hacer en la colonia. No

sus bienes sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por el Juez con intervención del interesado »; 21: « 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 », con el pie de entrada éste último que se toma del correspondiente artículo, el 11 como hemos visto, de la Constitución de 1837.

⁽⁸⁹⁾ Tal podía ser efectivamente el caso al menos de las *leyes privadas* de 1843, aquellas que más claramente podían chocar con disposiciones bien explícitas de la Constitución de 1869. La existencia de la compilación de 1868, la de *Legislación referente a Territorios Españoles del Golfo de Guinea* nunca impresa y hasta ahora ignorada por la historiografía jurídica, me parece un testimonio clave al efecto de la constancia. Según me comunica Carmen Serván, ni siquiera el estatuto orgánico de dicho año se publicaría en prensa oficial.

⁽⁹⁰⁾ Constitución 1876, art. 11: « La religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado. La Nación se obliga a mantener el culto y sus ministros. Nadie será moles-

es preciso que se restablezcan las *leyes privadas* de 1843 ni otras subsiguientes pues la Constitución de 1869 no ha afectado a su continuidad. Tampoco hace falta que se derogue ni revise el estatuto de 1868 pues ni en espíritu ni prácticamente en letra, aun con todo su lenguaje de derechos, choca con dicho mismo desenvolvimiento de un orden colonial.

En la Constitución de 1876 la cláusula colonial sufre una nueva variación rebajando los requerimientos de representación política y competencia parlamentaria que se sentaron en 1869: « Las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales; pero el Gobierno queda autorizado para aplicar a las mismas, con las modificaciones que juzgue convenientes y dando cuenta a las Cortes, las leyes promulgadas o que se promulguen para la Península. Cuba y Puerto Rico serán representadas en las Cortes del Reino en la forma que determine una ley especial, que podrá ser diversa para cada una de las dos provincias. El Gobierno determinará cuando y en qué forma serán elegidos los representantes a Cortes de la isla de Cuba » (arts. 89 y transitorio). Hay por lo demás un silencio que también afecta ahora a Filipinas.

A Guinea, que no se consideraba entonces *provincia*, podrá alcanzar en todo caso la comunicación así proyectada de legislación a colonias. Con las modificaciones previstas para que no se alterasen las *leyes de la colonia*, las consuetudinarias, se produce en 1904, bajo la Constitución de 1876, la extensión del Código Civil de 1889 a estas latitudes africanas. A continuación, el *Reglamento del Trabajo Indígena* vendría a confirmar con creces un planteamiento al tiempo y a su modo constitucional y colonial⁽⁹¹⁾. Sigue habiendo continuidad. El mismo Código Civil no había venido a interponer ningún impedimento por cuanto que situaba el *contrato* de trabajo

tado en territorio español por sus opiniones religiosas, ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana. No se permitirán, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estrado ».

(91) Pues la *Legislación referente a Territorios Españoles del Golfo de Guinea* concluye en 1867 y la *Legislación del Trabajo de los Territorios Españoles del Golfo de Guinea* no comienza hasta esta medida de 1906, la única colección para el periodo entre siglos es la de *Leyes Coloniales* de Agustín MIRANDA, por cuyos buenos índices ya sabemos que podemos ahorrarnos notas de referencias.

en sede de *arrendamiento de servicio* sustanciándose todavía en términos prácticos cercanos a la servidumbre (lib. IV, tít. VI, cap. III, sec. I: « Del servicio de criados y trabajadores asalariados »). Podía perfectamente entenderse que el régimen colonial constituía especificación y no excepción del metropolitano.

Los reglamentos coloniales ofrecen la impresión de ser impermeables a orden estrictamente constitucional. Lo resultan aunque en casos se plantee de modo expreso la incidencia de Constitución, como en 1845, en 1868 o también en 1904. Añado esta última fecha porque el decreto de extensión del Código Civil al Golfo de Guinea vendría flanqueado por otro de materia orgánica, de reorganización institucional, invocando éste expresamente la Constitución, mientras que el primero, a pesar de que cabía en las propias previsiones constitucionales, adoptaba como referencia todavía las *Leyes de Indias* ⁽⁹²⁾. No son meros descuidos ni puros lapsos. Sin novedad constitucional en el frente colonial pese a la Constitución misma o a las Constituciones que pudieran sucederse con fondo común y también con giros de importancia, tal parece que fuera la consigna. Era el orden del día para todas las jornadas venidas y por venir.

El *reglamento del trabajo* anunciado en el estatuto de 1868 puede ser sin mayor problema, aun con dos Constituciones de por medio, el *provisional* de 1906. Se encontraría entre las *leyes especiales* que, como *leyes de la colonia*, se daban por existentes desde un inicio. Podían ser desde antes, como ya sabemos, *lois particulières* o *lois especiais*, pues en esto no había cuestión de Estado para el colonialismo. Como ha expresado dicho decreto de 1868 al hablar de los poderes del Gobernador, irían en *la naturaleza del país*, esto es, en su posición como colonia sin más. He ahí el derecho consuetudinario, no el indígena bajo presión y condiciones, sino el colonia-

⁽⁹²⁾ Siento ahora no haber incluido el supuesto, aunque no sea americano, en el estudio de la difusión del planteamiento legislativo de la codificación civil por las colonias de Ultramar y Estados de América o también esto a la inversa, pues hubo algún caso de reversión de Estado a colonia, el de Santo Domingo que comparte isla con Haití: B. CLAVERO, *Ama Llunku, Abya Yala*, pp. 141-233; anticipado, con variantes no sólo de título, en estos *Quaderni Fiorentini*, 23, 1994, pp. 81-194.

lista que no precisaba de escritura para tener fuerza normativa y hasta alcance constituyente.

Regía tal derecho en la colonia desde antes de especificarse y sin necesidad de que lo hiciera. Podía sobreentenderse en la misma referencia a *Leyes de Indias* que no eran *leyes* en sentido constitucional ni necesariamente en el de norma escrita, aunque como tal se mantuviera desde luego bien presente ⁽⁹³⁾. Se comprende, puede comprenderse, la reluctancia a la reducción cumplida en la forma más comprometida que representa la escritura. Lo propio podía ocurrir, como enseguida veremos, con el derecho del trabajo efectivo, con todo él incluso, de aquellos tiempos.

Por concluir con la significación del hito constituyente de 1869 para Bioko y dado que muy en particular nos interesan los derechos constitucionales, no dejemos de recordar, aunque sea sumariamente, que por entonces se revivió la práctica de destierro en las colonias sin respeto alguno además del debido proceso ni similar ⁽⁹⁴⁾. Si hubo una Constitución que llegara ella misma a tipificar como delitos los que-

⁽⁹³⁾ Está citado el mejor estudio al propósito: M. LORENTE, *La suerte de la Recopilación de 1680 en la España del siglo XIX*, suerte de las *Leyes de Indias*, pues aquel de hacia finales del XVII fue el año de su compilación oficial. Se mantuvieron con fuerza bastante como para que la inercia o quizás algo más que la mera rutina llegue literalmente hasta la era de internet, tal y como luego refiero.

⁽⁹⁴⁾ Francisco Javier BALMASEDA, *Los deportados a Fernando Póo e impresiones de un viaje a Guinea*, Nueva York 1869; Francisco LASTRES, *La colonización penitenciaria de las Marianas y Fernando Póo*, Madrid 1878; Juan B. SALUVET, *Los deportados a Fernando Póo en 1869*, Matanzas 1892; Hipólito SIFREDO, *Los mártires cubanos de 1869. La mas exacta narración de las penalidades y martirios de los 250 deportados políticos a Fernando Póo, primeras víctimas propiciatorias de la rebelión de Cuba en la Habana*, s.l. 1893; Emilio VALDÉS, *Cubanos en Fernando Póo. Horrores de la dominación española*, La Habana 1898. A través de bancos de datos también he localizado algún que otro registro periodístico; por *New York Times Index, 1863-1905*, noticia sobre *Escape of Three Fernando Po Prisoners*, numero de 12 de agosto de 1869; por *Cumulative Index to a Selected List of Periodicals, 1896-1899*, William WINTHROP, *Fernando Po: A Spanish Prison*, en *Independent*, 10 de noviembre de 1898. Hasta la independencia continuaron las deportaciones: A. HELG, *Our Rightful Share*, p. 83; Carlos GONZÁLEZ ECHEGARAY, *Cubanos en Fernando Póo. Un capítulo en las memorias de John Holt*, en *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 2003, Número Extraordinario, pp. 205-212. M.D. GARCÍA CANTÚ, *Fernando Póo, una aventura colonial*, pp. 482-490 y 542-550, subraya la carencia de garantías judiciales.

brantamientos de las garantías de la libertad personal por parte del ejecutivo, no está de más destacar que en su tiempo se practicó la deportación y el confinamiento. No eran prácticas que desentonasen en el medio colonial por tiempo constitucional.

6. *Acomodo constitucional: lugar de encuentro entre familia europea y trabajo indígena.*

El momento constitucional de 1869 resulta en todo caso, como poco, intrigante. Puede que sea revelador. Se trata de la Constitución fundada inequívocamente en derechos de libertad, lo que algo habría tenido que suponer para las colonias incluso con la salvedad de *leyes especiales*. Advirtamos el entendimiento de la metrópolis. Miremos el extremo del género, el de la construcción social o específicamente jurídica del sexo. En términos gramaticales, los sujetos de libertad lo son de carácter masculino para el texto constitucional, pero, cuando se aborda a continuación, bajo aquella Constitución, la confección de un código civil en base a derechos, el principio de igualdad entre mujeres y hombres puja seriamente en virtud del compromiso constituyente con las libertades. No hubo tal. Ocurre como en la colonia. Conforme se argumenta entonces, el principio de igualdad cabía, pero desigualmente, según *la naturaleza de la sociedad*, naturaleza presuntamente indisponible para la sociedad misma, igual que la *del país* en el caso de la colonia. En el de la mujer, su lugar radicaba en la familia bajo la potestad del *varón*. Así se razonaba abiertamente. El proyecto de codificación civil resultó por entonces fallido, pero una ley de matrimonio, casi un código de familia, vino a ratificar tal entendimiento paladinamente desigualitario bajo la propia Constitución de 1869 con todo su compromiso de libertades. Los derechos proclamados en ella se entendían así como propios de los padres de familia, constituyendo la misma el espacio de derecho propio no sólo de la mujer, sino de la descendencia no casada ni emancipada, con independencia de la mayoría de edad. Era también, seguía siendo, el lugar del trabajo ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹⁵⁾ B. CLAVERO, *Código y registro civiles, 1792-1875*, en *Historia. Instituciones*.

A aquellas alturas el trabajador por cuenta ajena se hallaba jurídicamente situado bajo un poder patronal que constituía réplica de la potestad familiar o, ni más ni menos, ésta misma. Por su parte, la colonia, toda ella, era la familia con el Gobernador como padre. Ni sus poderes ni los del patrón se prestaban a reducirse por escrito. Sabiéndose lo que se decía, podía hablarse de *leyes de la colonia* sin tenerse materialmente a mano ni sentirse la necesidad. Lo que se sentía era la inconveniencia de la reducción a escritura. Lo mismo podía pasar, innominado y todo, con el *derecho del trabajo*. Sólo sería un indicio la circunstancia de que en 1889 el Código Civil viniese a situar la relación laboral, ateniéndose a la pauta marcada por el modelo napoleónico, en sede de contratos con mantenimiento sustancial, por lo poco que dice y más todavía por lo mucho que da por supuesto, del tratamiento de relación de familia (lib. IV, tít. VI, cap. III, sec. I, ya referido). Es cosa bien conocida, bien que sin conferirle ese alcance o prácticamente ninguno, por parte de la historiografía iuslaboral, la que es factura de juristas. *Contrato* ya sabemos lo que podía significar cuando se trataba del trabajo ⁽⁹⁶⁾.

Y los *padres* son los sujetos constitucionales de libertad. Su identificación no es en la metrópolis distinta a la que hemos encontrado en la colonia: *varón propietario europeo* o de matriz tal, originaria o adquirida. El espacio colonial puede resultar más transparente que el metropolitano, pero tampoco es que éste resulte opaco si no nos quedamos en el lenguaje aparente de unas normas jurídi-

Documentos, 14, 1987, pp. 85-102; C. SERVÁN, *Laboratorio constitucional en España. El individuo y el ordenamiento*, pp. 297-355.

⁽⁹⁶⁾ La mejor colección normativa existente, realmente óptima en su género, la de A. MARTÍN VALVERDE, Fernando VALDÉS DAL-RÉ, Manuel C. PALOMEQUE LÓPEZ, M^a Emilia CASAS BAHAMONDE, Fernando PÉREZ ESPINOSA y Joaquín GARCÍA MURCIA (eds.), *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid 1987, no deja de incluir la sección del Código Civil, pero no puede recoger, pues ni siquiera lo sospecha, lo que no se puso por escrito. Y ahí, pp. XI-CXIV, es donde puede encontrarse, como amplio estudio preliminar, la exposición de la historia a la que hice referencia en el contraste de entrada: A. MARTÍN VALVERDE, *La formación del derecho del trabajo en España*. El autor me consta que concuerda en que el estado previo quien lo había marcado había sido F. TOMÁS Y VALIENTE, *Obras Completas*, Madrid 1997, vol. II, pp. 1541-1555.

cas comenzando por las constitucionales. La mayor transparencia puede por supuesto darse en el caso donde menos cabe el eufemismo. Me refiero al capítulo de la esclavitud, en el que el esclavo resulta *hijo* del patrón y hasta del capataz en forma concurrente, a prevención ⁽⁹⁷⁾:

«Debiendo los dueños de esclavos sustentarlos, educarlos y emplearlos en los trabajos útiles y proporcionados a sus fuerzas, edades y sexos, sin desamparar a los menores, viejos o enfermos, se sigue también la obligación en que por lo mismo se hallan constituidos los esclavos de obedecer y respetar a sus dueños y mayordomos, desempeñar las tareas y trabajos que les señalen, conforme a sus fuerzas, y venerarles como a Padres de familia ».

Eufemismo sin más puede parecernos hoy esta referencia a patronos y capataces esclavistas como *padres de familia* para el esclavo o la esclava, mas entonces no lo resultaba en absoluto. Aquello no era mera retórica ni simple cháchara. Tampoco, por supuesto, se estaba describiendo una práctica, lo que es otro asunto. Estaban reiterándose unos principios cuya función no se reducía a la de prestar legitimación, fuerte o débil que resultase. Entendamos el papel de aquel derecho cuando venía a ponerse por escrito. No leamos aquellas *leyes* ingenuamente o hagámoslo con la ingenuidad de entonces. Registraban normas que no dependían de la textuali-

⁽⁹⁷⁾ *Código Negro* de 1789 (reproducido ahora por M. LUCENA, *Los Códigos Negros*, pp. 279-284) o más exactamente *Instrucción* mediante *Real Cédula de Su Majestad* “sobre la educación, trato y ocupaciones de los esclavos en todos sus dominios de Indias e islas Filipinas”, cap. VIII, con el descanso dominical como primer punto. Ante resistencias de la propiedad esclavista, fue dejada en suspenso, pero no derogada, en 1794, y sirvió de modelo para los *Códigos Negros* del XIX de Puerto Rico y Cuba, con la guía que a su vez pudiera ofrecer para África. La denominación ha venido al castellano acuñada del francés, *Codes Noirs*, en cuyo ámbito académico, como igualmente en el hispano, parece haber poca constancia de lo excesivo del sustantivo y bastante insensibilidad sobre lo impropio del adjetivo. Los igualmente llamados, creo que a su vez con antelación, *Black Codes* de los Estados sureños de los Estados Unidos tras la abolición de la esclavitud, aunque los hubiera también desde antes inclusive en los nortehños, pueden verse en internet, en el sitio de *Historical Documents* del *Afro-American Almanac* (<http://afroamhistory.about.com/library/weekly/aa121900a.htm>) o el de la *George Mason University* (<http://chnm.gmu.edu/courses/122/recon/code.html>). Sobre el asunto, Jerrold M. PACKARD, *American Nightmare: The History of Jim Crow*, New York 2002. Ya hice referencia a práctica federal.

zación. Su misma fuerza derivaba de otras instancias. Cosas como la *educación* ya sabemos que iban en serio pues estaba la *civilización* en juego.

La asimilación a *paternidad* constituía una remisión jurídica precisa a un registro normativo muy elaborado por siglos y en cuya misma regulación pesaba más la religión que cualquier otra forma de disciplina, la del derecho incluido. Se trataba de la *oeconomica*, esto es, el *nomos* del *oikos*, de la casa, el ordenamiento doméstico bajo la potestad paterna que, de una parte, se extendía más allá de la familia biológica y, de otra, se debía ante todo a religión, a una religión que, con precedencia respecto al derecho, consagraba los estados sociales inclusive la condición de esclavitud y, en consecuencia, el estado de emancipación. Que la sección católica de las religiones cristianas fuese pionera y resultara ubicua por las colonias no era un dato superfluo para el propio ordenamiento, familia y rama laboral inclusive, esclavitud en su caso mediante. Era todo un derecho el presidido por religión, por una instancia en último término inefable para sí misma, irreductible a escritura aunque de escritura dispusiese. Era todo un orden no necesitado de la manifestación por escrito como el contraste de verificación que se requiere por la historiografía de hoy, no desde luego por las suposiciones de entonces. ¿O es que, para propugnarse e imponerse, había necesidad de detallarse y justificarse cosas como todo lo que significaba por aquel tiempo el descanso dominical? Es la historiografía la que ha perdido claves y lo ignora ⁽⁹⁸⁾.

Hemos apreciado una continuidad de tratamiento entre esclavitud, emancipación y condición indígena o de matriz no europea. No ubicándosele entonces jurídicamente en otro ámbito, la serie podía tener prosecución hasta en la metrópolis con el trabajo como con el género. Cuando, ya entrado el siglo XX, pueda, incluso de parte europea, acusarse esclavitud en regímenes de trabajo como el de la *ineludible prestación* o en condiciones de personas cual la de

(98) B. CLAVERO, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milán 1991, con adendas: *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; *Blasón de Bartolo y baldón de Valla (a propósito de una gramática de signos)*, en estos *Quaderni Fiorentini*, 25, 1996, pp. 573-616.

los *reputados como libres*, el gobierno español, ante escrutinio exterior, insistirá en que pronunciamientos sobre derechos indígenas del género de los que hemos visto en 1868 representaban el reconocimiento de la *libertad de trabajo* con la prudencia del caso ⁽⁹⁹⁾. Podía haber continuidad entre la constancia y la pretensión bajo el orden entendido de la familia europea o, por supuesto, euroamericana ⁽¹⁰⁰⁾. Es todo el derecho laboral de la época, con la esclavitud que seguía existiendo en las colonias, lo que respondía a iguales presupuestos incluso bajo Constituciones de derechos. El mismo resultaba insensible a ellas, bien que no indiferente ni ajeno. *Libertad de trabajo* y trabajo forzoso, la *ineludible prestación*, resulta que, para el colonialismo, casaban. La reputación de libertad para el trabajo forzado en la colonia sería para Europa, por fuerza de la propia postulación, evidencia misma de *libertad* sin más, de la que se dispondría por participación de *civilización* y a la que de esta forma y no de otra se tendría título de parte indígena ⁽¹⁰¹⁾.

El objetivo común a todas las partes coloniales, con la propiedad en posición primaria, hemos visto que vendría a proclamarlo en su primer artículo el *Reglamento del Trabajo Indígena* de 1906:

⁽⁹⁹⁾ C. PETIT, *Detrimentum Rei Publicae*, admite el argumento para el siglo XIX, según hemos visto, y lo rechaza para el XX, según vamos a ver, tal y como si el transcurso de los años en tiempo constitucional bastase por sí solo para tamaño cambio de perspectiva en la propia observación o para validar en algún momento la coartada esclavista del régimen de emancipación.

⁽¹⁰⁰⁾ I.K. SUNDIATA, *From Slaving to Neoslavery*, pp. 130-145; el mismo, *Black Scandal: America and the Liberian Labor Crisis, 1929-1936*, Filadelfia 1980.

⁽¹⁰¹⁾ C. PETIT, *Detrimentum Rei Publicae*, apéndice documental, para el argumento de la libertad laboral bajo régimen de trabajo forzoso en base a las disposiciones de 1904-1906 que a mi entender, no al suyo, no hacían en el extremo, respecto a las de 1868, novedad sustancial, o prácticamente ninguna si tenemos en cuenta el derecho consuetudinario de la parte colonialista. Pero el principal problema del análisis de *Detrimentum Rei Publicae* me parece que se cifra en la forma de apreciar, entre términos de relativismo moral, el objetivo *civilizatorio*, a lo que ya me he referido y voy a retornar acto seguido y más tarde. Sobre dicha práctica encubierta de esclavitud en Bioko, entre el XIX y el XX, afectando sobre todo, como ya referí, a trabajadores traídos de Liberia y aquí ubicada en el contexto de derecho internacional que nos va a interesar, Renee Colette REDMAN, *The League of Nations and the Right to Be Free from Enslavement: The First Human Right to Be Recognized as Customary International Law*, pp. 793-797, en *Chicago-Kent Law Review*, 70, 1994, pp. 759-800.

« Fomentar la civilización del indígena impulsándole al trabajo ». Entre tales partes coloniales no falta la doctrina del derecho, una jurisprudencia que interioriza el empeño colonialista como imperativo científico de banco de conocimiento de *naturaleza* humana para promocionar *civilización* participativa de *libertad*. Con tal sesgo constitutivo, no encontraremos en la doctrina jurídica, la profesional, orientación alguna para abordar aquel orden colonial y, todavía menos, el del trabajo ⁽¹⁰²⁾. Aun de operar dicha doctrina en la metrópolis e incluso de andar, como no era inusual, desentendida, sus propios presupuestos culturales la mantenían íntimamente identificada con el objetivo colonial. Las modalidades y variantes entre posiciones eran de procedimiento, no de designio ⁽¹⁰³⁾. El mismo momento más constitucional, por comprometido con derechos de libertad, el de 1868 que conduce a la Constitución del año inmediato, fue de impulso colonial, no de recapitación constituyente al efecto. No hay cuestión de constitucionalidad, conforme a la propia Constitución vigente, para el mundo colonial. Tanto da a este propósito 1837 o 1869 que 1845 o 1876. Al servicio del colo-

⁽¹⁰²⁾ Compárese una indulgencia que ya hemos visto para el momento constitucional de 1868-1873, ahora para con la doctrina: C. PETIT, *Detrimentum Rei Publicae*, pp. 449-452, discerniendo entre posiciones jurídicas europeas de cariz más o menos colonialista para destacar apreciativamente la de un jurista español, Adolfo Posada, con el argumento de que algo que « sin duda hoy día nos resulta una hipótesis lamentable », la *civilizatoria* aún depurada, no debe convertirse en juicio que se proyecte hacia el pasado, « pues no sería justo aplicarle a Posada nuestros criterios políticamente correctos ». Este autor, Adolfo Posada, no hay que decir que en ningún momento se planteó respecto a las colonias las cuestiones constitucionales mismas, exactamente las mismas, conforme al orden entonces vigente tanto de Estado como internacional, que no dejaba en cambio de tomar en consideración para la metrópolis o incluso a una escala general, la cual así no lo resultaba tanto ni mucho menos. Operaban salvedades no confesadas y hasta inconscientes, mas no por ello excusables y en todo caso determinantes. Ya supo detectarlo para tal autor Francisco LAPORTA, *Adolfo Posada: Política y sociología en la crisis del liberalismo español*, Madrid 1974, p. 188: « Su punto de vista culturalista implica unas categorías políticas de inferioridad y superioridad que son fácilmente reconducibles a un status de dominio ». Se refiere naturalmente a Posada.

⁽¹⁰³⁾ Martti KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge 2002, que es el estudio oportuno sobre las doctrinas internacionalistas de aquellos tiempos, todas colonialistas las de matriz cultural europea por Europa, por América o por otras latitudes.

nialismo se tenía a la ciencia del derecho con toda la buena conciencia de representar y alimentar lo dicho, la civilización humana nada menos ⁽¹⁰⁴⁾.

Por la colonia nos hallamos en un espacio definitivamente sombrío. Conviene identificar el carácter y alcance de la sombra. ¿En qué consiste? ¿Cómo se produce? ¿Qué cuerpo la genera? ¿Qué fuente de luz la provoca? ¿En qué dirección se proyecta? ¿Hasta donde alcanza? ¿Se arroja la sombra sobre la Constitución o resulta al contrario arrojada por ella misma? Parece más bien, por descorazonador que resulte, esto último. No creo que estemos ante *supervivencias del Antiguo Régimen* o frente a una constitución material, *Constitución de España en Guinea*, la colonial junto a la más formal metropolitana ⁽¹⁰⁵⁾, arrojando sombra la primera sobre la segunda y no al contrario. Tampoco media por supuesto *naturaleza del país*, como no la hay *de la sociedad*, que pueda explicar algo más que una coartada de época ⁽¹⁰⁶⁾. Y no se hable de *constitución del trabajo* como otra forma de especialidad porque al fin y al cabo era la *constitución de la propiedad*, una misma ⁽¹⁰⁷⁾, la que ésta, la propiedad, determinaba desde la base de operaciones del derecho que

⁽¹⁰⁴⁾ B. CLAVERO, *Legislación Universal para Pueblos Modernos (1868-1914): Un programa de textos para una comunidad de naciones*, en Víctor TAU ANZOÁTEGUI (ed.), *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, Buenos Aires 1997, pp. 31-55.

⁽¹⁰⁵⁾ Son las posiciones, como se anuncian por los respectivos subtítulos, de Javier ALVARADO, *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar*, y Carlos PETIT, *Detrimentum Rei Publicae*, bien que el segundo, pp. 472-475, tome agregada y derivativamente en consideración la dirección hacia la que ahora apunto o a la que, respecto a otras latitudes coloniales, vengo de tiempo apuntando. El mismo ha abierto ciertamente camino, pero también arrastrando pertrechos sin mucho discernimiento tanto entre zonas geográficas y culturales, las metropolitanas y las coloniales, como entre obras historiográficas, las ajenas y la propia.

⁽¹⁰⁶⁾ También parece que todavía se le confiere algún crédito al argumento: Bernard DURAND, *Un dogme soumis "à la force des choses": l'immovibilité des magistrats Outre-mer*, en *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 82, 2004, pp. 241-262.

⁽¹⁰⁷⁾ Thilo RAMM, *Per una storia della costituzione del lavoro tedesca*, Milán 1989; Bob HEPPLÉ (ed.), *La formación del derecho del trabajo en Europa. Análisis comparado de nueve países hasta el año 1945*, Madrid 1994.

se dice privado o también civil, como si no pudiera ser, más incluso que el público, constituyente ⁽¹⁰⁸⁾.

Leyes privadas alcanzaban en la colonia tal valor constituyente conforme al propio espacio que se le franqueaba dentro del escenario diseñado por la metrópolis y, así, desde la propia instancia eventualmente constitucional. De modo no poco sintomático como hemos visto, cobrando una significación que interesa a los años anteriores de diverso planteamiento constitucional de cara a las colonias, el reglamento laboral de 1906 podía ser especificación y no excepción del Código Civil extendido a Guinea en 1904 con lo cual podía entenderse que lo uno tanto como lo otro se motivaba y cubría por la Constitución vigente, aquella de 1876 que autorizaba al Gobierno para aplicar en Ultramar, « con las modificaciones que juzgue convenientes y dando cuenta a las Cortes, las leyes promulgadas o que se promulguen para la Península ».

Planteamiento y resultado coloniales no son de la responsabilidad única de Constitución o tampoco de alguna otra rama de derecho de Estado, civil, mercantil o penal que fuere, ni de ordenamiento ni de doctrina. La responsabilidad no es privativa del derecho laboral por todo lo colonial que en particular resultase ni por toda la continuidad que así históricamente guardase con la institución de la esclavitud incluso. No lo es tampoco la responsabilidad

⁽¹⁰⁸⁾ Lorenzo GAETA, *Le false inadeguatezze del diritto privato rispetto al primo diritto del lavoro: una storia esemplare*, en Aldo MAZZACANE y Pierangelo SCHIERA (eds.), *Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana*, Bologna 1987, pp. 315-336; Giovanni CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico, 1865-1914*, Milán 1991; Joachim RÜCKERT, "Frei" und "sozial". *Arbeitsvertrags-Konzeptionen um 1900 zwischen Liberalismen und Sozialismen*, en *Zeitschrift für Arbeitswissenschaft*, 23, 1992, pp. 223-294 (versión ampliada traducida en Raffaella GHERARDI y Gustavo GOZZI, eds., *I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Otto e Novecento*, Bologna 1992, pp. 269-389); M. LORENTE y C. GARRIGA, *Certeza jurídica versus justicia social. La Ley de Accidentes de Trabajo y el liberalismo español*, en Bernardo GONZALO y Magdalena NOGUEIRA (eds.), *Cien años de seguridad social. A propósito del centenario de la ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900*, Madrid 2000, pp. 61-79; B. CLAVERO, *Derecho liberal y laboral entre código y cultura*, en Mario ASCHERI, Friedrich EBEL, Martin HECKEL, Antonio PADOA-SCHIOPA, Wolfgang PÖGGLER, Filippo RANIERI y Wilhelm RÜTTEN (eds.), *"Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert". Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, Colonia 2003, pp. 83-103.

en exclusiva española. El fenómeno era de escala y matriz europeas para el universo redondo y entero según su designio *civilizatorio*. Otros regímenes coloniales de tiempos constitucionales experimentan sus propias claves para unos mismos efectos al cabo ⁽¹⁰⁹⁾. A disposición del colonialismo resulta en suma que se tenía al constitucionalismo sin más. Podía tenersele incluso al servicio de la esclavitud. Cuando allá por 1837 se produjo en España la suspensión colonial del sistema constitucional, eran posiciones esclavistas las que abogaron por un constitucionalismo en común presentando como modelo el estadounidense de entonces y el británico anterior a la respectiva abolición ⁽¹¹⁰⁾.

Son fenómenos que hoy vienen a observarse en sus dimensiones incluso menos gratas a la buena conciencia europea. Ocurre de forma más patentemente en el ámbito anglosajón ⁽¹¹¹⁾. Emerge de este modo por fin una constancia que por donde peor se percibe parece que fuera en la cultura hispana, más que española, del derecho, historiografía inclusive ⁽¹¹²⁾. Un lastre tiene nombre. Se llama *Derecho Indiano*. Su visión característicamente colonialista, la prácticamente constitutiva de toda una disciplina académica de tal denominación, arroja hasta el presente y hacia el futuro su propia y espesa sombra. Si tan ni siquiera reconoce su entidad colonial de

⁽¹⁰⁹⁾ Peter KARSTEN, *Between Law and Custom: "High" and "Low" Legal Cultures in the Lands of the British Diaspora: The United States, Canada, Australia, and New Zealand, 1600-1900*, Cambridge 2002.

⁽¹¹⁰⁾ J.M. FRADERA, *Colonias para después de un imperio*, pp. 164-170, exponiendo la contraposición entre el constitucionalista y esclavista J.A. SAGO, *Examen analítico del Informe de la Comisión especial*, y el excepcionalista y humanitarista R. DE LA SAGRA, *Apuntes destinados a ilustrar la discusión del artículo adicional*, citados. Y no se piense que se ha producido ningún baile en el emparejamiento de los adjetivos.

⁽¹¹¹⁾ P.G. MCHUGH, *Aboriginal Societies and the Common Law: A History of Sovereignty, Status, and Self-determination*, Oxford 2004.

⁽¹¹²⁾ Muestra de que hay planteadas alternativas, con advertencia incluso del factor consuetudinario en terreno de derecho privado reproduciendo colonialismo bajo la cobertura constitucional, está ya citada: A. GUERRERO, *The Administration of Dominated Populations under a Regime of Customary Citizenship*. Pero no hay para América Latina, a lo que llegan mis noticias, nada parecido al estudio de F. COOPER, *Decolonization and African Society: The labor question in French and British Africa*, con su propia base metodológica: *Colonialism in Question: Theory, Knowledge, History*, Berkeley 2005.

ayer, ¿cómo va a hacerlo para hoy? No hay que decir que tampoco es exclusiva su responsabilidad. Ni resulta autista ⁽¹¹³⁾. Si señalo el caso, es por resultar el más visible de una ceguera histórica o, dicho de otra forma, del falseamiento de toda una trayectoria de pasado por la denegación de toda una responsabilidad de presente ⁽¹¹⁴⁾. Entre los mismos terrenos historiográfico y jurídico persiste la especialidad *indiana* perfectamente imposable a toda la agitación de la problemática colonial ⁽¹¹⁵⁾. Por el trámite de Guinea Ecuatorial, Bioko acaba asimilado a un mismo paquete histórico incluso para momento de presente cual intento de redención de la integridad de un colonialismo apenas confeso ⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹¹³⁾ Fue encargo y publicación de la UNESCO, la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, bien que con la oportuna advertencia editorial de que las opiniones vertidas comprometen tan sólo al autor, Silvio ZAVALA, *The Defence of Human Rights in Latin America (Sixteenth to eighteenth centuries)*, París 1964, p. 23: « As regards the prerogatives of the indigenous population, the legislator [el de las *Leyes de Indias*], applying the theories of natural law (...), came to admit both their personal freedom and their property ». Manteniendo la acreditación de la UNESCO, hay reedición del original (1963), *La defensa de los derechos del hombre en América Latina, siglos XVI-XVIII*, México 1982, p. 23: « En cuanto a las prerrogativas de los nativos, aplicando las teorías del derecho natural (...), el legislador llegó a reconocer tanto la libertad personal como las propiedades de ellos ». La elipsis sólo es remisión a páginas precedentes del mismo panfleto.

⁽¹¹⁴⁾ B. CLAVERO, *Europa hoy entre la historia y el derecho o bien entre postcolonial y preconstitucional*, pues contiene capítulo sobre *Derecho Indiano*. Para la distorsión absoluta que, convirtiendo la regla en excepción, imagina en concreto la existencia de un derecho del trabajo bajo principio de libertad, Richard KONETZKE (ed.), *Colección de documentos inéditos para la historia del la formación social de Hispanoamérica, 1493-1810*, Madrid 1953-1962, pp. V-XXVII, *Introducción*, p. XIX: « Habían de ser tratados los indios como gente libre y, por lo tanto, no debían ser compelidos a ningún trabajo personal corporal. Por consiguiente, los indígenas habían de incorporarse a la economía colonial por medio del libre trabajo concertado y asalariado », bien que este « principio de trabajo libre indígena había de sufrir importantes limitaciones ». Había hasta monografías montadas sobre la ocurrencia de todo un derecho del trabajo: Carmelo VIÑAS MEY, *El estatuto obrero del indígena en la colonización española*, Madrid 1929.

⁽¹¹⁵⁾ F. COOPER, *Colonial Studies and Interdisciplinary Scholarship*, en su *Colonialism in Question: Theory, Knowledge, History*, pp. 1-55, para contraste y por ausencia.

⁽¹¹⁶⁾ Entre las empresas editoriales de la larga celebración del quinto centenario de la arribada hispana a *Indias* figura la colección de Juan MAESTRE ALFONSO (ed.),

No tengo empacho en admitir que sentiría vergüenza ajena de tratar de historia del derecho del trabajo en las llamadas *Indias*, en la América que hoy se dice latina de unos tiempos abiertamente coloniales, por la laya de estudios que habrían entonces de citarse pues saldrían de continuo al paso ⁽¹¹⁷⁾. Alcanzando el caso de Guinea una presencia mucho más discreta en los reales de la historiografía, se entenderá mi opción ⁽¹¹⁸⁾. Que Guinea no es excusa limpia, sino laboratorio ensangrentado, ya está dicho, tampoco voy a

Constituciones y Leyes Políticas de América Latina, Filipinas y Guinea Ecuatorial, Sevilla 1987-1989, truncada casi de raíz, pues sólo aparecieron dos primeros volúmenes (uno de *Expectativa revolucionaria*, Cuba, y otro de *Regímenes de seguridad nacional*, Chile y Uruguay, ninguno por lo tanto muy constitucional que digamos). Es la visión apendicular común al cabo, como hemos visto, a C. PETT, *Detrimentum Rei Publicae*, y J. ALVARADO, *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar*. Que, sin necesidad de hacerse y hacernos la advertencia, éste último no alcance a Guinea resulta sintomático de que la respectiva integración en el capítulo *indiano* no ha salido de lo marginal. Basta comprobar la ausencia del caso guineano en la manualística convencional de historiografía jurídica española que sigue introduciendo, como cosa pacíficamente hispana, el *Derecho Indiano*. El derecho colonial de época constitucional ni siquiera se identifica como capítulo de una historia jurídica española en la que suele faltar la misma premisa del reconocimiento del derecho para América como tal, colonial. El amago de la dictadura franquista por integrar a Guinea no sólo finalmente como *provincia* española, sino también como miembro de una más amplia *Hispanidad* cultural que sobre todo miraba a América, no tuvo mayor alcance ni siquiera en su momento: María A. ESCUDERO, *El Instituto de Cultura Hispánica*, Madrid 1994.

⁽¹¹⁷⁾ La indicación que se habrá advertido del subtítulo de Udo WOLTER, *Deutsches Kolonialrecht*, acerca del descuido de la investigación no sólo del derecho colonial en general, sino más en particular sobre trabajo indígena, se refiere lógicamente al colonialismo de tiempo constitucional y no al anterior. Lo segundo, lo de un derecho laboral sustancialmente además consuetudinario, sigue sin ser lo que viene más a la vista de la historiografía del colonialismo de tiempo constitucional: Harald SIPPEL, *Neuere Untersuchungen zur kolonialen Rechts- und Verwaltungsgeschichte ehemaliger britischer und deutscher Überseegebiete*, en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 27, 2005, pp. 77-92. Y por cuanto que cabe generalizarse con aplicación incluso a mi caso, recuerdo el apunte de una reseña a una obra de objeto colonial e interés jurídico en la que participaba el propio H. Sippel: « Unfortunately, the book tells us little about African history » (*Journal of African History*, 40, 1999, p. 189).

⁽¹¹⁸⁾ Por la comodidad de moverme por terreno conocido, mi primera idea para el homenaje referido a Miguel RODRÍGUEZ-PINERO sobre dimensiones constitucionales de derecho del trabajo fue efectivamente la de plantear el experimento imposible respecto al *Derecho Indiano* por su entrada en tiempo constitucional. Me hizo cambiar de idea la incomodidad ante la historiografía y no razón de fondo alguna.

negar que con su buena dosis de mala conciencia y la esperanza de que ésta se comparta. El asunto ya advertí que podía afectarnos como ciudadanía. Aún volveré a esta serie de extremos.

7. *Concurrencia colonial entre tribunales supremos y leyes privadas.*

Las *leyes privadas* no tenían por qué ser leyes exactamente españolas. Podían ser también británicas sin mayor problema a aquellas alturas constitucionales. Gran Bretaña no necesitaba la fórmula de *leyes especiales*, *lois particulières* o *leis especiais* para entender lo propio. Podían ser perfectamente innominadas. Estaban presentes y eran aplicables sin necesidad no sólo de escritura, sino tampoco de reconocimiento. El derecho inglés tenía bien asumida la distinción de un espacio *privado* del derecho en el cual lo que había de regir era la *oeconomica* referida, esto era, la regla doméstica, la de los padres de familia propietarios europeos sobre mujeres, trabajadores y gentes ultramarinas en general. Ahí cabía la esclavitud fuera de Europa así como, dentro de ella, el estado de emancipación igualmente servil⁽¹¹⁹⁾. Esto segundo podía darse incluso todavía por estas latitudes europeas. Participándose en el circuito de Bioko y Cuba, entre derecho penal de deportación y derecho privado de emancipación como cosa bien distinta a libertad, a mediados del XIX hay tráfico y trabajo prácticamente esclavistas por pueblos de

(119) B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights*, pp. 9-22 citadas, en base especialmente a William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1765-1769, en particular libro I, *Of the Rights of Persons*, cap. XIV. *Of Master and Servant*, del que suelen subrayarse los registros de la inexistencia de la esclavitud en Inglaterra por su repugnancia a derecho natural, pero no el régimen de mantenimiento de emancipados y emancipadas en un estado incluso vitalicio de subordinación servil (« ... pure and proper slavery does not, may cannot, subsist in England... And indeed it is repugnant to reason, and the principles of natural law that such a state should subsist any where... And now it is laid down, that a slave or negro, the instant he lands in England, becomes a freeman... Yet, with regard to any right which the master may have acquired, by contract or the like, to the perpetual service of John or Thomas, this will remain exactly in the same state as before... »). A la historiografía jurídica y más si constitucional parece que no le gustan estos incómodos pormenores sobre el derecho que tiene entrada en tiempos del constitucionalismo.

la misma España ⁽¹²⁰⁾. Frente a todas nuestras presunciones de libertades, pocas o muchas, mejores o peores, respecto a tiempo y espacio constitucionales del siglo XIX por Europa, *esclavitud* podía ser todavía sin mayor problema concepto dominical y comercial ⁽¹²¹⁾.

Por ahí anidaban las *leyes privadas* cuya producción se daba mejor desde luego en las colonias y las cuales no se improvisaban a la entrada del siglo XIX con los reajustes del tiempo constitucional. No sólo concurría Gran Bretaña, sino también Francia y, desde antes, Portugal. La historia colonial venía realmente de lejos. Desde allá por el siglo XV Castilla reivindica su presencia en África como representante de *Hispania* entera, Portugal comprendida y en competencia de hecho con ella ⁽¹²²⁾. De Portugal, como ya nos consta, España recibiría en la segunda mitad del siglo XVIII Bioko o, bautismo de tiempo atrás mediante, Fernando Póo, la mayor isla del Golfo de Guinea, la cual había venido en efecto resistiéndose con éxito a la penetración colonial ⁽¹²³⁾. Entrado el siglo XIX, con la

⁽¹²⁰⁾ Es dimensión más desconocida, pero me consta el caso de mi pueblo, Cazalla de la Sierra, de la Sierra Norte de Sevilla, Andalucía, donde el archivo parroquial de defunciones, por competencia todavía eclesiástica a mediados del XIX (B. CLAVERO, *Código y registro civiles*), testimonia la presencia: Antonio VILLALBA, *Esclavos cubanos en Fábrica del Pedroso*, en *Revista de Cazalla*, verano, 2005, pp. 7-10, tratándose de emancipados afro-cubanos y detectándose la conexión del Golfo de Guinea para el tráfico todavía así tricontinental y prácticamente, pese al derecho, esclavista. Es otro por menor que no atrae a la historiografía, tampoco a la económica, pues no encaja en sus presunciones de lo que sea el siglo XIX acá por las latitudes estrictamente europeas.

⁽¹²¹⁾ Jaime BOY, *Diccionario Teórico, Práctico, Histórico y Geográfico de Comercio, publicado bajo los auspicios de la M.I. Junta de Comercio de Barcelona*, Barcelona 1839-1840, voz *Esclavitud*: « Entre marinos significa el número de Negros que una embarcación lleva del punto en que se han embarcado al de su destino », y punto, como mera muestra por supuesto, no parece que extremosa por su mismo género.

⁽¹²²⁾ Eduardo AZNAR, *La integración de las Islas Canarias en la Corona de Castilla, 1478-1526*, Sevilla 1983; B. CLAVERO, *Anatomía de España. Derechos Hispanos y Derecho Español entre Fueros y Códigos*, p. 61, en B. CLAVERO, Paolo GROSSI y F. TOMÁS Y VALIENTE (eds.), *Hispania. Entre Derechos Propios y Derechos Nacionales*, Milán 1990, vol. I, pp. 47-86; Máximo CAJAL, *Ceuta, Melilla, Olivenza y Gibraltar. ¿Dónde acaba España?*, Madrid 2003, viniendo éste al presente.

⁽¹²³⁾ Willem BOSMAN, *A New and Accurate Description of the Coast of Guinea, Divided into the Gold, the Slave, and the Ivory Coasts. Containing a Geographical, Poli-*

conurrencia europea, las *leyes privadas* ya andarían en juego por la zona sin necesidad ninguna de haberse reducido a escritura. Cuando se produjo el trasiego entre las monarquías ibéricas, Portugal y España, ya podía incluso haber jugado de parte hispana la pretensión de extenderse al Golfo de Guinea las *Leyes de Indias* que figuraban por escrito con toda su panoplia de presunciones no escritas, pero unas disposiciones no dejaron trazas que creasen tracto y diesen pie de entrada en la centuria siguiente, la del XIX ⁽¹²⁴⁾.

En el nuevo arranque del siglo XIX, se da incluso la circunstancia de que las primeras *leyes privadas* que hemos visto ponerse por escrito en Fernando Póo, la Bioko colonial, aunque obren en español, de hecho no tienen mucho de españolas o contienen más de británicas. El primer gobernador nombrado por el gobierno español en la isla era un inglés que compaginaría además dicho cargo con el de cónsul de Gran Bretaña en parte del Golfo de Guinea, la zona de la bahía de Biafra ⁽¹²⁵⁾. El Consejo de Clarence o Santa

tical and Natural History of the Kingdoms and Countries: With a Particular Account of the Rise, Progress and Present Condition of all the European Settlements upon that Coast, and the Just Measures from Improving the Several Branches of the Guinea Trade, Londres 1705 (hay reprint, 1967; edición original holandesa, 1704), p. 399: « The Island of Fernando Po is inhabited by a Savage and Cruel sort of People, which he that deals with ought not to Trust. I neither can nor will say more of them ». Contrátese, al cabo de poco más de siglo y medio, el testimonio del estado de incorporación colonial por parte del mas famoso cónsul británico nunca habido en Bioko: Sir Richard Francis BURTON, *Wanderings in West Africa: From Liverpool to Fernando Po* (1863), Santa Bárbara 2001, sobre lo que puede verse ahora ARTURO ARNALTE, *Richard Burton, cónsul en Guinea Ecuatorial. Una visión europea de África en los albores de la colonización*, Madrid 2005.

⁽¹²⁴⁾ Aun con la investigación existente, la mejor evidencia puede que siga ofreciéndola el detalle de que la colección de *Leyes Coloniales* de Agustín MIRANDA realizada sobre archivo oficial no contenga ninguna disposición del XVIII. La no impresa de *Legislación referente a Territorios Españoles del Golfo de Guinea*, aparte de no ser legajo de archivo aunque pudiera constituir copia del mismo, tampoco contiene en rigor disposiciones españolas del XVIII, pues las dos únicas que figuran de dicha época son la cesión portuguesa de 1777 y los artículos que la contemplan del tratado entre Portugal y España al año inmediato.

⁽¹²⁵⁾ I.K. SUNDIATA, *From Slaving to Neoslavery*, pp. 56-60. Para la perspectiva británica no parece que hubiera o se imagine conflicto de intereses o ni siquiera, para

Isabel, la Malabo colonial, aquel al que hemos visto concurrir con dicho Gobernador en la confección de tales *leyes*, contaba con presencia británica e incluso con alguna afrobritánica, de personas de Sierra Leona con educación e intereses ingleses ⁽¹²⁶⁾. El segundo gobernador español fue un holandés que había estado también y quizás igualmente se mantuviese al servicio británico ⁽¹²⁷⁾. A toda esta presencia, la de una extrema minoría en la isla, miraba la primera declaración de la primera disposición dirigida al Golfo de Guinea a principios de marzo de 1843 que ya vimos: «Asegurar a cada persona o personas su libertad, su prosperidad individual y su religión, mientras que continúen obedeciendo a las leyes de la colonia». Podía incluso este reconocimiento de derechos alcanzar a algún contingente africano, el britanizado, no a la humanidad indígena de la isla, la *bubi* o *adiyah*. Por cubrir, podría abarcar en aquel primer momento colonial hispano-británico hasta a misioneros *anabaptistas*, quizás a su vez afroamericanos, lo que tampoco, ni por confesión ni por identidad, entusiasmaría a un colonialismo anglicano ⁽¹²⁸⁾.

ella, interrupción de servicio: Michael HAVINDEN y David MEREDITH, *Colonialism and Development: Britain and its Tropical Colonies, 1850-1960*, Londres 1993, p. 58.

⁽¹²⁶⁾ Martin LYNN, *Commerce, Christianity, and the Origins of the 'Creoles' of Fernando Po*, en *Journal of African Studies*, 25, 1984, pp. 257-278.

⁽¹²⁷⁾ Hay un sitio web con listado de gobernadores coloniales en Bioko pasando directamente a presidentes de Guinea Ecuatorial tras la descolonización como si no hubiera habido autoridades indígenas en el tiempo mismo del colonialismo: <http://www.angelfire.com/sk2/guineaequatorial/Presis.htm>.

⁽¹²⁸⁾ Para contraste del bautismo con otros protestantismos más establecidos, William G. McLOUGHLIN, *Soul Liberty: The Baptists' Struggle in New England, 1630-1833*, Hanover 1991; Gregory A. WILLS, *Democratic Religion: Freedom, Authority, and Church Discipline in the Baptist South, 1785-1900*, New York 1997. R. ISAAC, *The Transformation of Virginia*, pp. 164, 174, 175 y 192-194, ofrece evidencias del uso al que me referí de *anabaptista* en vez de *baptista* con un sentido peyorativo para otros cristianismos. La prueba de la presencia americana en Bioko por vía religiosa la consignaré pronto. Hubo en todo caso comunicación y transferencias entre misiones baptistas británicas y americanas en África: Catharine L. MABIE, *Our Work on the Congo: A Book for Mission Study Classes and for General Information*, Filadelfia 1917 (*History of Women*, serie de materiales microfilmados en la Universidad de Arizona, microcopia, 1741.1). Y la llegada en 1841 a Bioko de misioneros baptistas afroamericanos procedentes del Caribe está comprobada: J. VAN SLAGEREN, *Jamaican Missionaries in Cam-*

La confluencia concreta por este espacio colonial entre Gran Bretaña y España venía de antes por claves además jurídicas confiriendo un interés especial a la coyuntura de tal encuentro en Bioko. Cosas como éstas se escapan o se postergan por mirarse la historia colonial sólo en términos imperiales, además competitivos y encima siempre europeos ⁽¹²⁹⁾. En el caso, entre los años treinta y cuarenta de aquel siglo XIX, los británicos habían llegado a la isla de la mano de España en términos de derecho, bien que, en los de hecho, la compañía española era, como poco, renuente. Y mal ofrecía además guía para el establecimiento colonial en África. Gran Bretaña no ocultaba sus intenciones de establecerse a solas en Bioko, pero no cuajó su propuesta a España de transferencia onerosa del dominio colonial a cambio de condonación de deuda externa y otras compensaciones. Con la concurrencia adicional de la presión esclavista de los Estados Unidos, era política de sustitución negociada entre colonialismos que se cernía igualmente en general sobre América y muy en particular sobre las Antillas ⁽¹³⁰⁾.

La razón de derecho de la arribada británica fue en concreto la del traslado desde Freetown, Sierra Leona, a Clarence, Fernando Póo, esto es Malabo, Bioko, de una *Mixed Commission*, Comisión Mixta o Tribunal Mixto, para la persecución y represión del tráfico de esclavos, con funciones policiales y judiciales, formada en teoría

eroon, pp. 146-147; M.D. GARCÍA CANTÚ, *Fernando Póo, una aventura colonial*, pp. 262-263.

⁽¹²⁹⁾ Ya hemos tenido algún ejemplo, frente a lo que puede contrastarse la valoración de la confluencia hispano-británica en Bioko respecto al curso de la historia del colonialismo por parte de M. LYNN, *Black Capitalism*, en *Journal of African History*, 38, 1997, pp. 503-505, reseñando precisamente la obra de I.K. SUNDIATA, *From Slaving to Neoslavery*. Un comentario sobre la misma obra en internet suscrito por John Edward PHILIPS subraya la importancia de la isla para el conjunto de la zona marítimo-continental y en particular para Nigeria incluso hasta la actualidad: *H-Africa. Africa's History, Culture, and African Studies*, marzo, 1998, <http://www.h-net.org/reviews/showrev.cgi?path=7767889824002>.

⁽¹³⁰⁾ Leslie BETHELL, *The Abolition of the Brazilian Slave Trade: Britain, Brazil and the Slave Trade Question, 1807-1869*, Cambridge 1970; David MURRAY, *Odious Commerce: Britain, Spain and the Abolition of the Cuban Slave Trade*, Cambridge 1980; G.I. JONES, *From Slaves to Palm Oil: Slave Trade and Palm Oil Trade in the Bight of Biafra*, Cambridge 1989; Joseph C. DORSEY, *Slave Trade in the Age of Abolition: Puerto Rico, West Africa and the non-Hispanic Caribbean, 1815-1859*, Gainesville 2003.

paritariamente entre Gran Bretaña y España (131). Era organismo ambiestatal creado por un tratado de 1817 « para abolición del tráfico de negros » que realmente se activó con diligencia (132). Fue además confirmado y reforzado por otro adicional de 1835. Tal era el contexto compartido por España y Gran Bretaña con la presencia afroamericana de parte al cabo igualmente colonial (133). La « Comisión mutua compuesta de un número igual de individuos de ambas naciones nombrados al intento por sus respectivos soberanos », como más cumplidamente la describía el primer tratado,

(131) I. ROLDÁN DE MONTAUD, *Origen, evolución y supresión del grupo de negros "emancipados"*, pp. 560-563; M. LYNN, *Britain West African Policy and the Island of Fernando Po, 1821-1843*, en *Journal of Imperial and Commonwealth History*, 18, 1990, pp. 191-207; M.L. de CASTRO y M^a L. de la CALLE, *Origen de la colonización española de Guinea Ecuatorial*, pp. 99-115; M.D. GARCÍA CANTÚ, *Fernando Póo, una aventura colonial*, pp. 153-259. En el sitio de la *House of Commons: Parliamentary Papers Online* (<http://parlipapers.chadwyck.com/home.do>), 2005, mediante *keywords* como *Sierra Leone* y *Fernando Po*, se tiene acceso a referencias o, abono mediante, a textos completos de documentos de la *Mixed Commission* y de correspondencia al respecto entre Gran Bretaña y otros Estados.

(132) Escaneo la prensa estadounidense de aquellos tiempos (*Early American Newspapers, 1690-1876*, banco de datos de la *American Antiquarian Society* al que accedo por <http://infoweb.newsbank.com>) y encuentro noticias como ésta del *Columbia Centinel* el 22 de septiembre de 1821 citando de una carta de un oficial de marina británico: « We have sent three Portuguese and one Spaniard to Sierra Leone with 1.000 slaves. There have been, to the immortal shame of Portugal, Spain, and France, no less than 100 slavers (vessels) in the neighborhood of Fernando Po during the last twelve months ».

(133) *New-Hampshire Sentinel* del 20 de agosto de 1830: « It would be much better to send the liberated Africans to the free state of Hayti, if any arrangement to that effect could be made by the Hatian government, than even to Fernando Po », bien entendido que entre las soluciones descartadas se encuentran tanto la de devolverles en libertad a sus lugares de procedencia como la de permitirles que la ejerzan sin más, sobre la marcha, en Sierra Leona, esto además de que Bioko se presentase como la alternativa por *default* a la sugerencia de Haití. Son noticias de muestra del interés americano y no sólo europeo en la zona que nos van acercando a la prueba aun pendiente de la procedencia de misiones baptistas expropiadas en Bioko. Y no me resisto a poner un ejemplo de hasta qué punto puede llegar a abstraerse el factor colonial de la historia connivente además entre Estados: Arie Marcelo KACOWICZ, *Peaceful Territorial Change*, Columbia 1994, p. 244, pone entre los ejemplos del asunto que anuncia el título, el de cambio territorial pacífico, la supuesta transferencia de ida y vuelta de Bioko entre Gran Bretaña y España.

constituía autoridad suprema incluso judicial en la materia, pues actuaba « sin apelación » (134). De hecho, la relación que establecía el tratado de forma tan paritaria se hallaba bastante descompensada. En materia de trata, el propio endeudamiento exterior español conducía a un comportamiento de satélite por parte de España en relación con Gran Bretaña, mas sin convicción alguna para mantenerse girando en la misma órbita (135). La motivación teórica se asumía bastante mejor que la disposición práctica, resultando una política aparentemente esquizofrénica de aborrecimiento religioso, respaldo institucional y fomento económico de la esclavitud (136).

En la práctica, por parte británica no se excluía que la política persecutoria del tráfico esclavista sometiera a control, mediante la actividad de inspección, no sólo ese determinado comercio entre África y América. Se tenía el argumento de la interceptación de embarcaciones con equipamiento o capacidad para el tráfico aunque no llevase carga. La actividad se incrementaba mediante la ampliación de la red de Comisiones Mixtas con su establecimiento al me-

(134) Alejandro del CANTILLO (ed.), *Tratados, Convenios y Declaraciones de Paz y Comercio que han hecho con las Potencias Extranjeras los Monarcas Españoles de la Casa de Borbón, desde el año de 1700 hasta el día de hoy*, Madrid 1842, arts. 12 de 1817 y 8 de 1835.

(135) Josep FONTANA, *La quiebra de la monarquía absoluta, 1814-1820. La crisis del Antiguo Régimen en España*, Barcelona 1971, pp. 112-115 y 393-425; D. MURRAY, *Odious Commerce: Britain, Spain and the Abolition of the Cuban Slave Trade*, pp. 50-113; J.C. DORSEY, *Slave Trade in the Age of Abolition: Puerto Rico, West Africa and the non-Hispanic Caribbean*, pp. 38-58.

(136) Álvaro ALONSO CASTRILLO (ed.), *José García de León y Pizarro (1770-1835). Memorias*, Madrid 1998, pp. 259-261, *Tráfico de negros*: « Por mi parte (como Ministro de Estado o relaciones exteriores entre 1816 y 1820 y, por tanto, cuando se negoció y suscribió el primer tratado), siempre miré la teoría de esas negociaciones como inatacable, pero en el tiempo y en el modo creí deberse adoptar muchos miramientos para no causar una ruina considerable a nuestros colonos con perjuicio de la industria y comercio nacionales. Por más que en ésta no parece tuviese otro principio de legitimidad que un abuso antievangélico (...). El tratado es público y está impreso », « para mí tengo que en esta transacción han tenido siempre una gran parte la civilización y la filantropía, que, dígame lo que se quiera, no puede negarse a la nación inglesa »; pp. 662-663: « En la no abolición (del tráfico) la España está grandemente interesada, como que en esto estriba todo el fomento de sus colonias (...). En el día mismo puede reflexionar la Inglaterra las pérdidas que ha traído a su comercio la ilusión de la libertad ».

nos en Cabo Verde, Luanda, Surinam y Río de Janeiro comprometiéndose así también a Portugal y a Brasil. Ni estos Estados ni España daban muestras de entusiasmo en la persecución de la trata, distanciándose todavía más, pese en el caso español a la renovación del compromiso con el segundo tratado, cuando en 1833 Gran Bretaña extiende la política abolicionista a la esclavitud misma. El propio recurso de esta parte a tratados poniendo en pie tribunales ambientales o, si se prefiere decir, internacionales no respondía tanto al intento de unir fuerzas como a la razón interna de que, tras la abolición del tráfico de 1807, la justicia británica seguía amparando no sólo la propiedad, sino también el comercio esclavista bajo bandera de Estado para cuyo derecho se tratara de una práctica legal. Por encima del propio orden constitucional, se precisaba una jurisdicción internacional más manipulable por parte gubernamental a fin de sortear la misma complejidad de una política abolicionista para la que no existía el tránsito simple entre esclavitud y libertad como entonces fraudulentamente se predicaba y hoy por lo habitual aún ilusamente se presume⁽¹³⁷⁾.

Arrostrando problemas efectivos de constitucionalidad al asu-

⁽¹³⁷⁾ D. MURRAY, *Odious Commerce: Britain, Spain and the Abolition of the Cuban Slave Trade*, pp. 40-49 y 114-132, bien que evitando destacar la inercia de la justicia británica, subrayando en cambio manifestaciones más activistas de la jurisdicción marítima del Almirantazgo, y bien que tomando al pie de la letra el argumento de la ampliación de las inspecciones a barcos sin carga humana, todo ello por no poner en duda la motivación humanitaria de la política de Gran Bretaña. Con otra perspectiva menos ilusa, G.I. JONES, *From Slaves to Palm Oil: Slave Trade and Palm Oil Trade in the Bight of Biafra*, pp. 43-44, no aborda ni por asomo estos extremos. Como anuncia al fin y al cabo el subtítulo al no incluir *Law*, bien que se encabece por *Diplomacy*, no se ocupa de la política británica de tratados y tribunales con terceros Paul Michael KIELSTRA, *The Politics of Slave Trade Suppression in Britain and France, 1814-48: Diplomacy, Morality and Economics*, Londres 2000. Más recientemente, J.C. DORSEY, *Slave Trade in the Age of Abolition*, se ocupa de tales tratados, pero contentándose con alusiones al asunto jurisdiccional. Noticias contiene I. ROLDÁN DE MONTAUD, *Origen, evolución y supresión del grupo de negros "emancipados"*. Por su parte, M.L. de CASTRO y M^a L. de la CALLE, *Origen de la colonización española de Guinea Ecuatorial*, no penetran, como tampoco M.D. GARCÍA CANTÚ, *Fernando Póo, una aventura colonial*. Más pronto que tarde me referiré a una tesis doctoral de 1993 sobre *El Tribunal Mixto Anglo-Español de Sierra Leona, 1819-1873* que constituye una crónica bien documentada, aun sin estudio particularizado de la etapa de Bioko.

mir jurisdicción de última instancia, dicha especie interestatal de tribunales internacionales venía intentando ponerse en práctica entre Gran Bretaña y los Estados Unidos para afrontar sus contenciosos territoriales en América tras la respectiva independencia. La práctica tenía un incierto pasado cercano como tendría también cierto futuro remoto cuando viniera con el tiempo a trasladarse el planteamiento constitucional de derechos de libertad al orden internacional⁽¹³⁸⁾. Sin la implicación de libertades e incluso sin formalizarse el asunto en términos de constitucionalidad, también por parte de España se acusarían entonces unos problemas de desajuste entre la jurisdicción internacional y el orden institucional interno: «Verdad es que en estos delitos (esclavistas), hay una especialidad que no existe en los demás, y que constituye una especie de mancomunidad entre la España y la Inglaterra para su persecución, pero esta circunstancia en nada perjudica los principios generales del derecho, ni lastima la independencia ni la dignidad de España». La advertencia procede de una interpretación oficial de esta parte española que no dejaba de identificar el extremo constitucionalmente problemático: la institución para ella enteramente novedosa del «tribunal mixto»⁽¹³⁹⁾. Este extremo más definitorio, el de la implicación constitucional en el ámbito judicial, es el más olvidado tanto por la historiografía como por la doctrina del derecho, por una tradición disciplinaria en suma⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹³⁸⁾ No observándose el escenario colonial de los orígenes que todavía puede desde luego pesar, como muestra de esta conducta hoy tan común en la historiografía del derecho internacional que resulta en gran parte factura todavía de iusinternacionalistas, David J. BEDERMAN, *The Glorious Past and Uncertain Future of International Claims Tribunals*, pp. 162-164, en Mark W. JANIS (ed.), *International Courts for the Twenty-First Century*, Dordrecht 1992, pp. 161-194; Thomas J. BODIE, *Politics and the Emergence of an Activist International Court of Justice*, Westport 1995, pp. 22-23; Stephen C. NEFF, *The Rights and Duties of Neutrals: A General History*, Manchester 2000, pp. 74-75.

⁽¹³⁹⁾ *Legislación referente a Territorios Españoles del Golfo de Guinea*, pp. 6-8: «Real Orden por Estado al Capitán General de la isla de Cuba, explicando la inteligencia de los tratados de 1817 y 1835 sobre la abolición de la trata», de 1848.

⁽¹⁴⁰⁾ En su tesis doctoral, José María CORDERO TORRES, *Estudio de los medios de solución pacífica de los conflictos internacionales en América*, Madrid 1930, ocupándose de tales prácticas desde los tiempos de finales del XVIII, identificaba la institu-

En el orden práctico, las cosas resultaban todavía más oscuras. Entre África y América, España, tan recelosa de Gran Bretaña como necesitada de ella, no ofrecía ninguna facilidad para que los tribunales funcionasen alcanzando aplicación los tratados por lo menos conforme a su letra ⁽¹⁴¹⁾. No faltaban argumentos de defensa poco menos que abierta de la esclavitud en comparación con las prácticas solapadas de sometimiento a trabajo forzado de quienes se beneficiaban de la emancipación ⁽¹⁴²⁾. Podía producirse la per-

ción de la *Comisión Mixta* sin distinguirla sustancialmente del arbitraje. En España, la doctrina tanto internacionalista como constitucionalista no ha recuperado el asunto pese a los acicates actuales de unas jurisdicciones supraestatales. Y no digamos de una historiografía jurídica más bien de espaldas a las novedades constitucionales: J. VALLEJO, *Efecto historiográfico del régimen constitucional. Indicios en España, 1978-2003*, en *Istor. Revista de Historia Internacional*, 16, 2004, pp. 136-165. Hay una tesis doctoral en historia más de crónica que de análisis de la institución, pero con rica documentación de archivos españoles y británicos, inclusive de reglamentos de las Comisiones Mixtas aun no reproduciendo textos íntegros: A. ARNALTE, *El Tribunal Mixto Anglo-Español de Sierra Leona, 1819-1873*, Universidad Complutense de Madrid, 1993, de la que sólo se ha impreso, a lo que alcanzo, un artículo: *Cónsules, comerciantes y negreros (españoles en Sierra Leona en el siglo XIX)*, en *Estudios Africanos. Revista de la Asociación Española de Africanistas*, 10, 1996, pp. 65-79, pero que se tiene completa en la red: <http://www.ucm.es/BUCM/tesis/19911996/H/0/AH0007201.pdf>.

⁽¹⁴¹⁾ Arturo MORALES (ed.), *Proceso abolicionista en Puerto Rico. Documentos para su historia*, vol. I, *La institución de la esclavitud y su crisis, 1823-1873*, San Juan de Puerto Rico 1974; Jesús Raúl NAVARRO, *Entre esclavos y constituciones. El colonialismo liberal de 1837 en Cuba*, Sevilla 1991; Christopher SCHMIDT-NOWARA, *National Economy and Atlantic Slavery: Protectionism and Resistance to Abolitionism in Spain and the Antilles, 1854-1874*, en *The Hispanic American Historical Review*, 78, 1998, pp. 603-629. Para el caso del buque español negrero *Amistad* que acabó en 1839 ante la justicia de los Estados Unidos y cuya fama ha relanzado en 1997 la película del mismo título dirigida por Steven SPIELBERG, edición en DVD, 1999, con versiones literarias todavía más idealizadas que la cinematográfica, Natalie Zemon DAVIS, *Slaves on Screen: Film and Historical Vision*, Cambridge 2000, pp. 72-93. La carga humana procedía de Sierra Leona, de zona así teóricamente vigilada por aquella Comisión Mixta hispanobritánica, y había de pasar por Cuba, donde, en el puerto de La Habana, existía otro tribunal de las mismas características. Y el caso sigue siendo motivo de inspiración ahora a través de su representación cinematográfica: Roger S. CLARK, *Steven Spielberg's Amistad and other things I have thought about in the past forty years: International (Criminal) Law, Conflict of Laws, Insurance, and Slavery*, en *Rutgers Law Journal*, 30, 1999, pp. 371-440.

⁽¹⁴²⁾ Jerónimo María USERA Y ALARCÓN, *Memoria de la Isla de Fernando Póo*, Madrid 1848, p. 20: «obligan a los infelices negros (...) a pasar a Jamaica o a cualquier

cepción de que, tratándose de esclavismo, España no se tomaba en serio ni los propios tratados que suscribía: « Gracias por el regalo que me has hecho del 2º tratado para la abolición del tráfico de esclavos. Digo bien que este tratado, así como el 1º y el 3º y el 4º y 25 más que se hagan, son y serán papel mojado (...). El tratado hecho en 1835 no ha sido más que (...) para que vean los gobiernos de Europa que España en este siglo es también filantrópica, ilustrada, lo cual se acredita con el tratado y nada más que con el tratado, con un papel mojado » (143).

No faltan tampoco expresiones de lo más oficiales que muestran hasta qué punto España estaba satisfecha de su propio esclavismo incluso cuando procedía a contenerlo. Helas del Consejo de Estado en labores de aprobación de normas reglamentarias de las Comisiones Mixtas: « Asimismo es conocida la diferencia que hay de los esclavos de las posesiones españolas a los de las inglesas. To-

otra de las colonias inglesas, bajo la apariencia de jornaleros ajustados por cierto número de años; pero en realidad van destinados a experimentar un género de vida más sujeto, más duro y de peor condición, que nuestros llamados esclavos de las Antillas ». El autor es santo católico con culto en internet: <http://www.fatherusera.org>. Si se quiere la misma posición en inglés, con las debidas protestas (« I do not wish to figure as an advocate of slavery, but... »): Frederic SHELFORD, *Sierra Leone in the Making*, en *Journal of the Royal African Society*, 28-111, 1929, pp. 235-240 (desde 1944 la revista cambia al nombre más neutro de *African Affairs*).

(143) De correspondencia privada en 1836 citada por J.L. FRANCO, *Revoluciones y conflictos internacionales en el Caribe*, pp. 156-157, prosiguiendo la frase: « con un papel de mierda al paso que (el Gobierno español) había comunicado al Capitán General de la Isla (Cuba) que deje correr, que se haga la vista gorda con las expediciones de los infames piratas », las esclavistas, lo que en todo caso, así dicho, no se compadece con la interpretación oficial, la auténtica si prefiere decirse, que hemos visto de pocos años después, en 1848, directriz formal ésta que ahí mismo (J.L. FRANCO, *Revoluciones y conflictos internacionales en el Caribe*, pp. 160-161) se documenta en 1836: « En cuanto a los medios de seducción que puedan emplearse con las gentes de color recomienda a V.E. », el Gobierno español al Capitán General de Cuba mediante orden del Ministerio de Marina, « hacer que aquellos sean tratados con la justicia y humanidad que siempre lo fueron por los Españoles, y que además se observen invariablemente los tratados relativos a la abolición del tráfico de negros y contribuya al aumento de la población blanca », lo que ya cité. Por su parte, se da con noticias sobre las Comisiones Mixtas (J.L. FRANCO, *Revoluciones y conflictos internacionales en el Caribe*, p. 187), pero la institución ni siquiera se identifica, nuevo síntoma del descuido del asunto en el que aún abundaré.

dos se llaman esclavos porque las lenguas no son tanto ricas en voces para significar todas las modificaciones de las cosas, pero el esclavo español ha vivido bajo la garantía de una legislación tutelar y filosófica más alabada que imitada por las demás naciones » (144). Repárase en que tales cosas pueden unánimemente pensarse y decirse por el máximo organismo consultivo del Estado en tiempos en que la esclavitud propia existía y estaba en verdadera carne viva sin tenerse visos de que se encontrase en trance de extinguirse por una política de abolición del tráfico por mucho que la historiografía siga luego empeñada en pretender otra cosa (145).

Gran Bretaña por su parte no cejaba en su empeño de vigilancia e inspección, arresto y enjuiciamiento, imputando la persistencia del tráfico al continuo incumplimiento de los tratados por parte de los otros Estados prácticamente en exclusiva, como si no me-

(144) A. ARNALTE, *El Tribunal Mixto Anglo-Español de Sierra Leona*, p. 564, citando de dictamen del Consejo de Estado de 1821 referente a la aprobación de la versión en castellano del reglamento británico para las Comisiones Mixtas.

(145) Concepción NAVARRO AZCUE, *La abolición de la esclavitud negra en la legislación española, 1870-1886*, Madrid 1987, p. 17: « Este Tratado de 1817 inaugura una línea de actuación continuada por el Tratado de 1835, la Ley penal de 1845 y el Decreto de 1866. Aunque estas medidas jurídicas se dirigían únicamente a la persecución y castigo de la trata, preparaban lentamente la extinción de la esclavitud », con referencia así a otras medidas ulteriores a los tratados con Gran Bretaña como si se tratase con todo ello de un proceso sostenido. Se pasan por alto datos normativos bien relevantes de por medio. Así, el que más, en 1848, el Código Penal definitivo no tipifica la trata como delito aun conteniendo, además por supuesto de la sección de *delitos contra las personas*, un apartado de *delitos contra el derecho de gentes* en cuyo tipo de *piratería* no se comprende el tráfico esclavista pese a tratados, pero no exactamente, más en general, pese a un tal derecho de gentes por aquellos tiempos. Pero existía en España precisamente el precedente del Código Penal de 1822, cuya vigencia fuera efímera, y el cual, conforme al tratado de 1817, procedía a dicha tipificación, bien que lo hiciera también con sumo cuidado de no alcanzar a la esclavitud interna (tít. II, *De los delitos contra la seguridad exterior del Estado*, cap. II, *De los delitos contra el derecho de gentes*, art. 273: « Los capitanes, maestros y pilotos de buques españoles que compraren negros en la costa de África... Iguales penas sufrirán los capitanes, maestros y pilotos de buques extranjeros... Los que compran negros bozales de los así introducidos contra la disposición de este artículo, sabiendo su ilegal introducción... », de prueba prácticamente imposible esto último de un ámbito ya interno). Entre 1822 y 1848 ya sabemos que media la determinación de establecimiento en Bioko diluyendo la frontera de lo exterior respecto a la trata.

diase la propia política de emancipación sin libertad ni los propios intereses de disposición de mano de obra y comercio ⁽¹⁴⁶⁾. Los Estados Unidos seguían en la zona del Golfo de Guinea una política de persecución e interferencia paralela a la británica en interés por su parte no menos propio, pero poniendo en práctica procedimientos más privados que públicos, mediante agentes colonizadores de iniciativa misionera desde la base más próxima de Liberia a los que se les confiere poderes bastante discrecionales. De procedencia americana eran las misiones baptistas que fueran expropiadas y expulsadas por España o algunas de entre ellas, quizás las últimas que resistieron ⁽¹⁴⁷⁾.

⁽¹⁴⁶⁾ Véase en directo especialmente *First Report from the Select Committee (of the House of Commons) on the Slave Trade together with the Minutes of Evidence*, 1848, al que accedo, gracias a la conexión de la Universidad de Arizona, por el citado sitio de *Parliamentary Papers Online*, con cuestiones que pudieran parecer extrañas si no estuviéramos ya en antecedentes como, por ejemplo (p. 18): « Then, in fact, the condition of the emancipados is worse that the condition of the slave? » Acaba de explicarse que los así dichos *emancipados*, en castellano y cual si fuera, como *slave*, el singular, « have not had the advantage which ordinary slaves have from the interest that a definite and permanent owner has in taking care of the animal that is to work for him ». Más que escandalizarse hoy por la asimilación a *animal*, conviene que reparemos, frente a toda la historiografía del abolicionismo, cuál seguía siendo incluso para Gran Bretaña, entre esclavitud y emancipación, el lugar reservado por Europa y Euroamérica a la humanidad africana.

⁽¹⁴⁷⁾ Lo contemplo vívidamente, inclusive para el caso del *Amistad*, en una colección que no solo reúne correspondencia manuscrita del Ministerio de Marina: *Correspondence of the Secretary of the Navy Relating to African Colonization, 1819-1844*, Washington 1952 (National Archives Microfilm Publications, microcopia 205). No me olvido de que aun falta la prueba de la procedencia americana de algunas de las misiones baptistas en Bioko, pues también las hubo británicas. La encuentro en el escaneo de la prensa (*Early American Newspapers, 1690-1876*), en *The Farmer's Cabinet* del 22 de diciembre de 1858, noticia bajo el titular de *Religious Persecution*: « Information has been received by our government that the newly appointed Governor of Fernando Po and dependencies, off the coast of Africa, went there in a man-of-war, and declared the religion of Spain the only religion of the island, and threatened the immediate expulsion of our missionaries », siguiendo referencia a intercambio urgente de mensajes orales entre el Departamento de Estado y la Embajada de España más esta apostilla final: « It is thought serious difficulties may arise from it, as the island does not belong to Spain ». Por la referencia a la implicación política, *our* respecto a *missionaries* significa compatriotas y no o no sólo correligionarios. No he ofrecido hasta ahora la prueba por-

El resultado para el caso de Bioko sería que, durante aquellos años treinta y cuarenta, la presencia europea en la isla fue esencialmente la británica que se debía en derecho a la función de policía y jurisdicción de la Comisión Mixta teóricamente participada por España con sede por entonces en Clarence. Ante el desentendimiento español, además de poder extenderse a otras materias la jurisdicción inglesa en la isla ⁽¹⁴⁸⁾, se produjo una desviación de competencias policiales y judiciales en el asunto de la esclavitud desde dicho tribunal precariamente constituido junto con España hacia el Almirantazgo británico, el cual por su parte se inclinaba a la acción unilateral, bien que sin poner por ello oficialmente en cuestión el principio de derecho de la concurrencia española que prestaba título a la propia presencia de Gran Bretaña ⁽¹⁴⁹⁾. Cuando quedó claro que España no estaba dispuesta a vender la isla o, mejor dicho, el dominio colonial sobre ella, como era la expectativa británica ⁽¹⁵⁰⁾, Gran Bretaña evacuó y la misma Comisión Mixta volvió a trasladarse a Sierra Leona. Permaneció en Clarence personal británico y afrobritánico con intereses en la isla. Tampoco por ello cejaría Gran Bretaña en mantener una política de cara a España claramente intervencionista con base en los tratados sin consideración

que, tras venirlo sospechando, sólo la he tenido al final, gracias al acceso a banco de datos que me ha proporcionado la Universidad de Arizona.

⁽¹⁴⁸⁾ M. LYNN, *Commerce and Economic Change in West Africa: The Palm Oil Trade in the Nineteenth Century*, Cambridge 1997, pp. 93-94.

⁽¹⁴⁹⁾ I.K. SUNDIATA, *From Slaving to Neoslavery*, pp. 25-45, sin suscitar la cuestión de hasta qué punto Estados Unidos no participaba de dicho entendimiento hispano-británico sobre el título colonial: « as the island dose not belong to Spain », como acaba de indicarnos un periódico de Amherst, New Hampshire, por noticia de 1851. La *Correspondence Relating to African Colonization* que he revisado no alcanza a ese año. También he repasado sin éxito microfilms de las *Diplomatic Instructions of the Department of State, 1801-1906*, Washington 1965. La cuestión del título pudo haberse tenido igualmente por abierta a efectos políticos, sin oficializarse, de parte británica: « Neither of these powers (Spain and Portugal) has any claim to the possession of that island (Fernando Po) » (*Correspondence Relating to the Slave Trade. British and Foreign State Papers, 1825-1826*, p. 605, en *The Quarterly Review*, 34, 1826, pp. 579-608).

⁽¹⁵⁰⁾ A.M. CARRASCO, *El proyecto de venta de Fernando Póo y Annobón a Gran Bretaña en 1841*, en *Estudios Africanos. Revista de la Asociación Española de Africanistas*, 10, 1996, pp. 47-63.

para el orden constitucional de la otra parte ⁽¹⁵¹⁾. En lo que respecta al trabajo, llegaba a detectar las mismas prácticas comunes de fondo esclavista como si la desviación de tratado fuera cosa privativa de esa otra parte, la no británica ⁽¹⁵²⁾.

El balance de la jurisdicción suprema hispano-británica en términos de derecho, de esto estrictamente en sus dimensiones cualitativas, no podía ser sino parco. Su misión se definía frente al tráfico, no contra la esclavitud; frente a un determinado comercio, no contra lo que se consideraba, primero por ambas partes y luego por una de ellas, derecho de propiedad ⁽¹⁵³⁾. En África y en América,

⁽¹⁵¹⁾ *First Report from the Select Committee on the Slave Trade together with the Minutes of Evidence*, p. 249: « Would not such interference on the part of the English Government, in seeing to the execution of treaties, involve an actual interference with the internal government of another state? (...). We have considered that we had a right to see to their (slaves') secure emancipation; and we have considered that our Commissioners had in some degree a right to see to the due execution of the stipulations in that respect (...). [M]ore interference than that was secured by the regulations attached to the treaty (...) with Spain, 1835 ».

⁽¹⁵²⁾ *Third Report from the Select Committee on the Slave Trade together with the Minutes of Evidence*, también publicado en 1848, p. 124, testimonio de un misionero baptista británico: « Do you consider that the Kroomen would be really free men? No, they are called free men, and so the natives of Fernando Po; but neither one nor the other are actually free », pasándose a describir unas condiciones de trabajo en efecto nada libres y que en todo caso, aun así hechas publicas, Gran Bretaña se cuidaba por entonces de no elevar a términos de reclamación diplomática ni otros formales entre Estados, como pudiera ser con España para dicho caso que ya conocemos del régimen laboral de los kru o krumanes. El *Fourth Report from the Select Committee on the Slave Trade together with the Proceedings of the Committee*, igualmente de 1848, contiene un cumplido índice de materias de los anteriores como final de legislatura. En la siguiente, la de 1849, no dejaría de constituirse, produciendo nuevos informes, tal comisión parlamentaria sobre el tráfico esclavista.

⁽¹⁵³⁾ Como puede observarse en R. BLACKBURN, *The Overthrow of Colonial Slavery*, la historia de las Comisiones Mixtas, en plural pues además las hubo en América entre España y Gran Bretaña y esta segunda también las practicó con otros Estados, no recibe especial atención por la historiografía de la abolición de carácter más general, poco atenta como tal a particularidades jurídicas que pueden ser, cuando no decisivas, de lo más ilustrativas, bien que tampoco es que tenga ojos para capítulos como el del Golfo de Guinea. J.M. FRADERA, *Colonias para después de un imperio*, se muestra tan alusivo como elusivo sobre lo uno prácticamente igual que sobre lo otro. Respecto al juego de las Comisiones Mixtas por América, no sólo la de La Habana, ofrece datos D.

las Comisiones Mixtas se encontraban con la continua dificultad de asignar a la mercancía humana decomisada una nueva condición no entre esclavitud y libertad, sino entre libertad y emancipación, resistiéndose tanto a la pura liberación como más todavía a poner los medios para un retorno a la tierra de origen, tampoco África sin más ⁽¹⁵⁴⁾. Como cuerpos jurisdiccionales incluso supremos, no se veían en condiciones de desarrollar jurisprudencia alguna que formulase derecho colonial mediante la resolución de casos o por vía más directa de reglamentos. Junto con el Gobernador de Fernando Póo, la Bioko colonial, el Consejo de Vecinos de Clarence, la Malabo colonial, pudo en cambio producir las *Leyes y Ordenanzas* que se presentaban como *leyes privadas*. Y puede tratarse tan sólo del indicio por escrito de todo un derecho no escrito generado directamente por la práctica colonial. De todo ello, experiencia jurisdiccional en común inclusive por supuesto, realmente procede la escritura de unas normas más británicas en definitiva que españolas o, en último término, europeas, propias de este colonialismo, el de Europa. Todavía no se habían efectuado acuerdos multilaterales de

MURRAY, *Odious Commerce: Britain, Spain and the Abolition of the Cuban Slave Trade*, con el concepto, *Mixed Commissions*, en el índice de materias. Véanse todavía L. BETHELL, *The Mixed Commissions for the Suppression of the Transatlantic Slave Trade in the Nineteenth-Century*, en *Journal of African History*, 8, 1966, pp. 79-93; Robert T. BROWN, *Fernando Po and the Anti-Sierra Leonean Campaign, 1826-1834*, en *The International Journal of African Historical Studies*, 6, 1973, pp. 249-264. Ahora, Holger Lutz KERN, *Strategies of Legal Change: Great Britain, International Law, and the Abolition of the Transatlantic Slave Trade*, en *Journal of the History of International Law / Revue d'Histoire du Droit International*, 6, 2004, pp. 233-258, trazando el escenario de derecho internacional y advirtiendo la singularidad de las *Mixed Commissions*, sigue sin conferirles mayor relieve. En su universo económico más que moral, Chaim D. KAUFMANN y Robert A. PAPE, *Explaining Costly International Moral Action: Britain's Sixty-Year Campaign Against the Atlantic Slave Trade*, en *International Organization*, 53, 1999, pp. 631-668, apenas registran el cálculo de otros costes que los materiales, y encima tan sólo para la parte británica, de alguna de las *Mixed Commissions*, respecto a las cuales además no muestran especial aprecio ni computan para nada beneficios humanos que pudieran ser, aun con las limitaciones que ya sabemos, africanos.

⁽¹⁵⁴⁾ A lo largo de D. MURRAY, *Odious Commerce: Britain, Spain and the Abolition of the Cuban Slave Trade*, no faltan indicios dispersos de todo ello, pero, al partirse de la contraposición entre esclavitud y libertad sin problema de emancipación, con este idealismo, apenas se perciben y aún menos se resaltan.

reparto colonial de África como los que arrancarán más hacia finales de siglo, del XIX (155).

Por entonces, desde la primera mitad del siglo, por medio de aquellos avatares del pulso mantenido entre Gran Bretaña y España no sólo por el dominio de una isla, pudiera haber bastante más que un tejemaneje jurídico y un anecdotario institucional. Hay, cuando menos, un signo de que, bajo políticas competitivas entre estas dos partes y alguna más por la misma área, como la portuguesa y la francesa, existía más que un fondo compartido (156). Se tenía todo un derecho en común, no otro que el orden colonial con eficacia normativa, un ordenamiento europeo y euroamericano. También lo compartían los Estados de América aun con su cultivo de retóricas emancipatorias, como si fueran anticoloniales, que aún pesa severamente en la historiografía situándose al margen del colonialismo del XIX (157). He ahí un *ius commune* más que europeo de materia colonial en buena parte no escrito. Puede así decirse por cuanto

(155) H.L. WESSELING, *Divide and Rule: The Partition of Africa, 1880-1914*, Westport 1996; edición original holandesa, *Verdeel en beers*, 1991; traducción portuguesa, *Dividir para dominar*, 1998; castellana, *Divide y vencerás*, 1999; alemana, *Teile und herrsche*, 1999; italiana, *La spartizione dell'Africa*, 2001; francesa, *Le partage de l'Afrique*, 2002, y prevista al árabe entre otras lenguas. Y convienen otras perspectivas aparte por supuesto de las africanas mismas: S.M. JACOBS, *The African Nexus: Black American Perspectives on the European Partitioning of Africa, 1880-1920*, Westport 1981.

(156) Lauren BENTON, *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*, Cambridge 2002, interesante en todo caso por el panorama comparativo bien que con cierta caracterización estereotipada de los sistemas jurídicos europeos como distintos y hasta encontrados entre sí.

(157) Actualmente, las results sobre todo se notan en la historiografía del *post-colonialismo* que anda bien en auge, a la que más tarde me referiré, pues sitúa, con los equívocos consiguientes a los efectos no sólo comparativos, su punto de partida para África en la segunda mitad del siglo XX, tras la descolonización, y para América, con indiferencia ante todo por el colonialismo persistente de cara a los pueblos indígenas, entre finales del XVIII y comienzos del XIX, tras la independencia de Estados. Y hay efectos enquistados. Hemos visto que en los índices de la *Revista de Indias* desaparecen concepto y práctica coloniales de la *emancipación* como la condición servil postesclavista, aun existiendo algún estudio al respecto, porque el término lo monopoliza dicho otro fenómeno del establecimiento de Estados en América como si éste supusiera la discontinuidad definitiva del colonialismo, tal y como si el mismo hubiera existido y sólo se hubiese dado entre metrópolis europeas y poblaciones americanas de igual matriz, con lo cual se contamina de paso la visión de toda la historia colonial precedente.

que resulta de tracto preconstitucional y de matriz, esto sí, europea o, si quiere especificarse, cristiana ⁽¹⁵⁸⁾.

En materia de principios, fundamentalmente por el prejuicio católico frente al llamado *anabaptismo*, hemos visto cómo la religión podía superponerse a Constitución. Mayor es el efecto y superior sería la evidencia si elevásemos la mira para contemplar la posición del conjunto de las confesiones cristianas de cara a otras religiones que ni siquiera se tenían por tales, sino por supersticiones, las africanas o en general indígenas. Daríamos por esta vía con el inmenso prejuicio de la presunción civilizatoria que se sitúa en la base misma del propio constitucionalismo. Obsérvese bien por lo que ahora importa. La religión cristiana ni entraba en conflicto completo de fondo ni, para estar en sintonía, necesitaba liberalizarse más o menos lateral o sectorialmente, como suele presumirse por la historiografía para el advenimiento del constitucionalismo. Ya se le tiene, si católica, por adversativa; si protestante, incluso si *anabaptista*, no más en su caso que por coadyuvante, pero lo que no se mira es el papel básico que desempeña en unos o en otros supuestos. Se reconociera o no, al margen o, mejor dicho, por encima de las propias previsiones constitucionales a su respecto, la religión cristiana participaba en la cimentación del colonialismo. Era parte fundamental de la dimensión colonial, partícipe primordial en la determinación constitucional de un derecho común al fin y al cabo cristiano; con ello, europeo, tanto así euroamericano como euroafricano ⁽¹⁵⁹⁾.

Con evidencias palmarias sobre la existencia efectiva de *ius*

⁽¹⁵⁸⁾ Aún con la acuñación de la categoría de *status de etnia* que hoy no me parece feliz pues la cuestión es de diversidad negada entre culturas y no de reconocimiento desigualitario entre razas ni aun expresándose con dicho eufemismo de *etnias*, B. CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México 1994, pp. 5-19.

⁽¹⁵⁹⁾ Frente a los habituales consideraciones del cristianismo en tiempo constitucional en dichos términos frontalmente adversativos o eventualmente coadyuvantes y pese a que todavía no apreciara la clave de la dimensión colonial, me parece de sumo interés el abordaje como escenario de la obra y hasta pista del despegue en un caso católico por parte de J.M. PORTILLO, *La Nazione cattolica. Cadice 1812: una costituzione per la Spagna*, con la base a su vez, que enseguida añadiera, de su *Revolución de Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Madrid 2000.

commune en materia colonial contamos desde luego. No carecemos ni de indicios por escrito. Por parte española se nos ha dicho que de Francia procede el modelo de la cobertura del trabajo forzoso con la forma de contrato y hasta de convenio colectivo. Aparte el éxito más desigual del intento en el caso, de los tiempos mismos de la revolución francesa, tal era también, como ya nos consta, la procedencia del expediente constitucional de inclusión y exclusión a un tiempo a fin de mantenerse en el propio derecho colonial cosas como la esclavitud y sus secuelas, inclusive, cuando se consigue, la emancipación que no se identifica con la libertad ⁽¹⁶⁰⁾. Al adoptarse el recurso por España en 1837 se hizo más plausible una influencia que, como la francesa, ya pujaba fuerte en la metrópolis ⁽¹⁶¹⁾. El juego contaba con más titulares incluso delanteros, el central por supuesto Gran Bretaña, sin exclusión del anglicanismo. Ya he advertido que no conviene mirar el asunto en términos competitivos ya políticos, ya confesionales, y además entre colonialismos, tal y como si la parte colonizada no existiera o como se mantuviese inerte a unos efectos y a otros de interés propio ⁽¹⁶²⁾.

⁽¹⁶⁰⁾ Lawrence C. JENNINGS, *French Anti-Slavery: The Movement of the Abolition of Slavery in France, 1802-1848*, Cambridge 2000; Yves BÉNOT y Marcel DORIGNY, *Rétablissement de l'esclavage dans les colonies françaises. Aux origines d'Haïti*, París 2003; Laurent DUBOIS, *Avengers of the New World: The Story of the Haitian Revolution*, Cambridge 2004; el mismo, *A Colony of Citizens: Revolution and Slave Emancipation in the French Caribbean, 1787-1804*, Chapel Hill 2004; Frédéric RÉGENT, *Esclavage, métissage, liberté. La Révolution française en Guadeloupe, 1789-1802*, París 2004.

⁽¹⁶¹⁾ Durante las últimas décadas en España, desde las postrimerías de la dictadura franquista, se ha asistido a un notable desarrollo de una historiografía debida a juristas, sobre todo de derecho administrativo, gravitando con preocupaciones constitucionales precisamente alrededor de aquella conexión francesa de los años treinta del siglo XIX, pero sin atención para la vertiente colonial, pese a tenerse ante la vista en el presente, no sólo por literatura jurídica colonialista patria, colonizaciones y descolonizaciones tan calamitosas como precisamente las de Guinea o también las del Sahara. Tampoco es que la historiografía del derecho profesional, inclusive mi obra de historia constitucional, diéramos, con *derecho indiano* y todo, ni siquiera toques de atención hasta recientemente, como puede apreciarse por el registro de citas. Los estudios jurídicos citados sobre el giro constitucional de 1837 en materia colonial no exploran la conexión francesa. Francia, al contrario que Gran Bretaña, todavía mantenía esclavitud en las colonias.

⁽¹⁶²⁾ F. COOPER, *Decolonization and African Society: The labor question in French*

Los Estados de América no se muestran por su parte pasivos. Con toda su imagen entonces no colonialista por contraste con Europa, hasta los Estados Unidos estaban sustancialmente contribuyendo, entre esclavitud y emancipación, al desarrollo del mismo orden de entidad colonial⁽¹⁶³⁾. Haciéndose cargo entusiasta del legado europeo como patrimonio propio, Estados Unidos acabará entrando de cabeza en el tablero exterior, pues jugador avezado lo era de antemano en el terreno interno de colonialismo sobre los pueblos indígenas entre costa y costa además de por alguna isla del ancho Pacífico sin dejar de concurrir en todo ello la actividad misionera que también podía haber sido ya adelantada por la zona de la Bahía de Biafra del Golfo de Guinea. Y tampoco es que se man-

and British Africa, p. 5: « Colonial states' labor policies were not solely determined by one empire's structures or habits: confrontation with the labor question was part of colonial encounters themselves ». Si se pertenece al gremio de la historiografía española y no se quiere morir de vergüenza ante el espejo, recomiendo que no se recurra al mayor instrumento actual: Miguel ARTOLA (ed.), *Enciclopedia de Historia de España*, Madrid 1988-1993, vol. V, *Diccionario Temático*, pp. 595-596, voz *Guinea Ecuatorial*, obra de Ricardo IBÁÑEZ, con referencia a « la trata de negros » sólo para presentarla como excusa de « los ingleses » a fin de meter pie en « Fernando Póo », con lamentación de la reducción de la « posesión española » en el continente por el juego de « las apetencias inglesas, francesas y alemanas » y con silencio al fin y al cabo consecuente sobre la humanidad de aquellas latitudes por aquellos tiempos coloniales. También encierra consecuencia que dicho *Diccionario* ofrezca la voz no de *Derecho Colonial*, sino de *Derecho Indiano*, con el contenido entonces previsible.

⁽¹⁶³⁾ Aparte la literatura que sigue cultivando impasible la imagen anticolonialista del colonialismo estadounidense y también aparte de la misma historiografía constitucional que se mantiene a gusto en la indiferencia (B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights*, pp. 51-54), no deja de ser llamativo que sea a estas alturas una historiografía antropológica la que maquille e incluso embellezca el panorama. R. ISAAC, *The Transformation of Virginia*, la impulsa tratando de explicar un acomodamiento de la esclavitud en sociedades patriarcales de forma poco menos que « natural » o explícitamente tal (p. 309: « Slavery did not pose a problem within such a system. Differences in kinds of social being and the state of social subjection itself were part of the nature of things »), con el corolario sintomático de contemplarse su decadencia nada menos que desde los finales del siglo XVIII como efecto igualmente « natural » del advenimiento de la sociedad que ya se tiene por individualista sin advertirse además la problemática del estado de emancipación. Respecto a la presunta naturalidad de la esclavitud, cosa distinta es que no resultase problemática para el derecho dominante incluso ya constitucional: B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights*, pp. 30-38.

tuviera al margen, ni muchísimo menos para nada de ello, América Latina con su matriz de cultura de Estados igualmente europea ⁽¹⁶⁴⁾, pero es el episodio estadounidense el que verdaderamente podrá ilustrarnos incluso respecto a África con su estándar de *civilización* para el derecho internacional, lo mismo que para el interno ⁽¹⁶⁵⁾, como cifra colonial sin más hacia cualquiera de sus vertientes.

8. *Orden internacional, canon consuetudinario.*

Conviene que volvamos de nuevo al siglo XX no por alargar el estudio en el tiempo, sino porque podemos lograr iluminación para el mismo periodo más oscuro del XIX que aquí nos ocupa. Es la época de la articulación definitiva de un derecho internacional bajo la premisa colonial de lo que ha venido justamente en llamarse, aun no aceptando ni revelando siempre la implicación, el *estándar de civilización* ⁽¹⁶⁶⁾. Aunque no viniera por supuesto a situarse en el pri-

⁽¹⁶⁴⁾ Repárese la obra sin duda más significativa durante más de un siglo (véase en el *Index of Names* de Peter MACALISTER-SMITH y Joachim SCHWIEZKE, *Bibliography of the Textbooks and Comprehensive Treatises on Positive International Law of the 19th Century*, en *Journal of the History of International Law / Revue d'Histoire du Droit International*, 3, 2001, pp. 75-142), la de Andrés BELLO, *Principios de Derecho de Jentes* (1832), por título definitivo *Principios de Derecho Internacional* (1844, con numerosas ediciones, en internet: http://www.cervantesvirtual.com/bib_autor/Andresbello/index.shtml), y se encontrarán *principios* como el siguiente: « Un pueblo bárbaro, que desconoce los deberes de la humanidad y las leyes de la guerra, debe mirarse como enemigo del género humano », con las presunciones consiguientes de barbarie y de desconocimiento por supuesto.

⁽¹⁶⁵⁾ Ward CHURCHILL, *Perversions of Justice: Indigenous Peoples and Angloamerican Law*, San Francisco 2003, interesante precisamente por la continuidad que marca entre uno y otro colonialismo, con Alaska y Hawai de por medio, en el caso estadounidense. La afirmación manida de que el colonialismo estadounidense arranca a finales del XIX con la guerra contra España por Cuba, Puerto Rico y Filipinas (ahora, E. Robert STATHAM, Jr., *Colonial Constitutionalism: The Tyranny of United States' Offshore Territorial Policy and Relations*, Lanham 2002), acusa indiferencia no sólo para con el colonialismo interno, sino también hacia la penetración misionera en África con hitos como la fundación de Liberia.

⁽¹⁶⁶⁾ Gerrit W. GONG, *The Standard of 'Civilization' in International Society*, Ox-

mer término propio de su significación constitucional ni mucho menos, el asunto del derecho indígena no dejó de asomar y contemplarse desde tal visión constitutiva de un orden internacional.

A lo que ahora nos interesa, por las primeras décadas, ante la perspectiva de un replanteamiento a fondo del orden internacional tras la Gran Guerra, luego Primera Mundial, el Departamento de Estado de los Estados Unidos encargará un estudio del derecho correspondiente a la humanidad entonces dicha *aborigen* y más tarde *indigenus* por adopción inglesa del castellano *indígena*. Desarrollos ulteriores a 1876 no los estamos aquí considerando, pero puede ocurrir con esto como con el reglamento de trabajo para Guinea de 1906. Así es en efecto. Con ocasión de dicha encuesta estadounidense, va a reconocerse y concretarse derecho de los años que están aquí ocupándonos⁽¹⁶⁷⁾. Existe todo un ordenamiento consuetudinario de tracto colonialista que nunca acaba de formularse cumplidamente por escrito pese a que va a adentrarse profundamente en el nuevo siglo⁽¹⁶⁸⁾, pero que hubo en todo caso de encontrarse con momentos de necesidad o tal vez mera conveniencia de ponerse de manifiesto en tal forma explícita. Asoma así por entonces no mucho más que la cresta del iceberg sumergido bajo la superficie espesa del colonialismo, esto que la historiografía jurídica

ford 1984; M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law*, pp. 98-178; Brett BOWDEN, *The Colonial Origins of International Law: European Expansion and the Classic Standard of Civilization*, en *Journal of the History of International Law / Revue d'Histoire du Droit International*, 7, 2005, pp. 1-23.

⁽¹⁶⁷⁾ Ante el reto de la guerra generalizada entre Estados para el orden internacional, no sólo se impulsaron indagaciones en Estados Unidos ni tan sólo sobre el caso indígena. Hubo otros trabajos de verdadera investigación histórica con impulsos oficiales, buscándose, en coyunturas de quiebra y reconstitución, orientaciones donde difícilmente podían hallarse, así por ejemplo C.K. WEBSTER, *The Congress of Vienna, 1814-1815*, Londres 1919, con edición revisada en fecha nuevamente significativa, 1945, representando el intento de mantener, frente a requerimientos de vinculación incluso orgánica, un orden internacional a disposición de los Estados que procedía ciertamente de Viena y no de Westfalia poco más de siglo y medio antes, como desde los mismos principios del siglo XIX se viniera pretendiendo en busca de pedigrí y hoy suele todavía repetirse.

⁽¹⁶⁸⁾ LUÍS RODRIGUEZ-PIÑERO, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*, New York 2005.

y el derecho internacional ulterior a la descolonización oficial se resisten tanto a contemplar y tener en cuenta ⁽¹⁶⁹⁾.

La obra que ahora nos interesa es producto de un encargo oficial que se efectúa en 1918 y de un trabajo de investigación que se realiza con diligencia pues la publicación se produce al año inmediato. Se trata, según los términos de la comisión, de « collecting, arranging, and (...) editing the authorities and documents relating to the subject of *Aborigines in the Law and Practice of Nations* ». He aquí lo que la obra añade a los términos y la entidad de la tarea: « The author has discovered no treatise on the question, nor even any chapter in any book on international law or the law of the colonies, to serve as a model or guide. He has therefore been compelled to develop the subject and arrange the authorities and documents according to his own judgment ». El derecho sobre aborígenes estaría hasta entonces inédito, pero no exánime, sino vivo aun-

(169) M.A. HASIAN, Jr., *Colonial Legacies in Postcolonial Contexts: A Critical Rhetorical Examination of Legal Histories*, pp. 89-111; M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law*, pp. 155-166, ambos sobre la revelación, en el tránsito entre el XIX y el XX, del régimen de trabajo intensivo de carácter materialmente esclavista con resultado de genocidio practicado por el colonialismo belga en el Congo. Quien alguna contribución tuvo en que la situación se hiciera pública venciendo la complicidad de los Estados europeos y también americanos, el irlandés Roger Casement, que trabajara en el servicio exterior británico y fuera ejecutado en Inglaterra por traición, también tuvo conocimiento directo y procedió a la denuncia de acciones genocidas similares en América Latina por explotación intensiva de trabajo indígena, cuando no por eliminación directa de tal presencia humana: Colm TÓIBÍN, *The Tragedy of Roger Casement*, en *The New York Review of Books*, 2004, 9, pp. 53-57. Para un típico abordaje actual olvidadizo de la historia colonial en el ámbito del derecho internacional y adicionalmente del adoctrinamiento militar (se trata del primer volumen de una serie sobre *Conflictos Internacionales Contemporáneos* editada conjuntamente por la Escuela de Guerra del Ministerio de Defensa y el Instituto Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III), Félix VACAS FERNÁNDEZ y José PARDO DE SANTAYANA, *El Conflicto de los Grandes Lagos*, Madrid 2003, moviéndose la exposición entre genocidios palmarios sin registro alguno del que se cometiera de mano belga, pues, según la misma publicación entra en materia y transcurre, el colonialismo de Bélgica en África, de haber pecado de algo, sería de paternalismo imprevisor, resultando que las calamidades se producirían solamente tras la descolonización (pp. 27-28 para el Congo, así expresamente). Sobre la resistencia de la propia Bélgica al reconocimiento y acerca de un amago actual que se produce literalmente en falso: Adam HOCHSCHILD, *In the Heart of Darkness*, también en *The New York Review of Books*, 2005, 15, pp. 39-42.

que no escrito. He aquí que encuentra ahora dispuesto a su escriba. Ignoro los honorarios por la transcripción. Se trata de Alpheus Henry SNOW, el autor, y *The Question of Aborigines in the Law and Practice of Nations*, la obra ⁽¹⁷⁰⁾.

Haberlo, tal derecho, haylo, sin necesidad de haberse visto editado o ni siquiera, por lo que toca al trabajo, de transcribirse ahora. « Conforme el autor a su propio criterio », como nos ha advertido, este amanuense de 1918 articula capítulos. No deja de dedicar uno a los aborígenes como pupilos, « aborigines as the wards of the State which exercises sovereignty over them », pero tampoco falta otro sobre las libertades de los mismos, « the rights of aborigines to personal liberty and personal property ». En este capítulo ulterior se vuelve al extremo de la tutela con un apartado que se plantea los « limits set by the law of nations to the exercise by a civilized state of its authority as guardian of the aborigines » y no en cambio las limitaciones que la tutela implica para las anunciadas libertades aborígenes, como si esto de la libertad fuera lo secundario o se agotara incluso, por lo que resulta, en el epígrafe de anuncio. Hay supuestos respecto a los cuales no se consignan límites para « el ejercicio de la función de tutor de los aborígenes por parte de un Estado civilizado » porque se entiende que requieren tratamiento disciplinario tal como a niños volubles o viciados, « such as a guardian might use in disciplining a child who was an incompetent or a pervert ». Entre ellos figura el supuesto del *trabajo forzoso*, « forced labor ». No hay más sobre esto ⁽¹⁷¹⁾.

El transcriptor no piensa que, por reducirse a la mención y no ocuparse del régimen, todo un derecho laboral siguiera inédito. No

⁽¹⁷⁰⁾ Alpheus Henry SNOW, *The Question of Aborigines in the Law and Practice of Nations*, Washington 1919 (reprint, 1972), con dichas expresiones, las de la comisión y las del autor, en una « Prefatory Note ». Recordemos que la obra se proyecta, escribe y publica no sólo tras la Gran Guerra, sino también, no menos inmediatamente, con posterioridad a las revelaciones de esclavismo y genocidio por parte del colonialismo exterior en África e interior en América.

⁽¹⁷¹⁾ A.H. SNOW, *The Question of Aborigines in the Law and Practice of Nations*, caps. III y VII, y apartado de este segundo en pp. 100-106. Si se quiere en francés: « Ce sont (les nègres) nos frères, mais des frères cadets, ayant malheureusement des instincts encore primitifs donc nous devons les corriger » (Marcel RÉMOND, *La main-d'œuvre dans les colonies françaises*, París 1903, pp. 128-129).

lo tiene por desconocido y, menos aún, por impracticado. La práctica no necesita siempre de la escritura y a veces incluso la repudia. La discreción resulta que es lo propio en el caso. Queda el asunto como estaba. No hay necesidad de poner nada por escrito al respecto ⁽¹⁷²⁾. No constituía el único supuesto desde luego. O lo era en general de la infancia. ¿Quién se preocupaba por entonces, antes de la edad de los derechos humanos, de especificar el derecho correspondiente al caso de niños encima viciados por malas costumbres o peores inclinaciones que han de prevenirse y vencerse, tal y como resultaba con tantos y tantas aparentes mayores que habían en consecuencia, para el colonialismo, de asimilarse a infantes, aquellas gentes de África? El derecho mismo se confiaba entonces a quien ejerce la función de disciplina de la cual el trabajo era un medio afortunado para la parte colonialista que se entiende providencial para la parte colonizada. Es poder funcional, pero poder al cabo, comenzándose por la propia investidura de título, el cual así se tenía de parte europea como derecho propio incluso aunque mediasen tratados ⁽¹⁷³⁾.

Pudiera hasta darse el caso de que el orden laboral formalmente no esclavista resultase menos reglamentable que el de la esclavitud misma, la cual conocía una base en derecho, la de propiedad, bastante más neta y firme que la tutela colonial de objetivo *ci-*

⁽¹⁷²⁾ Acertando a mi parecer en lo sustancial al respecto, habrían en todo caso de matizarse observaciones del capítulo citado de M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law*, pp. 115-116: « Native communities remained outside international law in the technical sense that the *Droit public de l'Europe* did not regulate their relations with the Europeans » desde principios de siglo, del XIX, al menos, con lo cual podía mantenerse el tracto de un *ius naturale* igualmente europeo y su « image of the native as the *savage* that was more a reflection of Europe's own fears and desires than experience of native ways of life ». Entre lo uno y lo otro, el deseo oscuro y el conocimiento efectivo, cabía derecho, europeo también ante todo por supuesto.

⁽¹⁷³⁾ M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law*, p. 128: « Colonial title was always original and never derivative; it followed from European law's qualification of the acts of European Powers, not from native cession », aunque ésta de hecho se diera incluso mediante tratados entre partes africana y europea: C.H. ALEXANDROWICZ, *The European-African Confrontation: A Study in Treaty-Making*, Leiden 1973.

vilizatorio y el resto de los expedientes vistos para participación diferida de libertad con mantenimiento incluso vitalicio de sujeción. Ahí estaba, en los aledaños todavía de la esclavitud, todo un mundo de ordenamiento no tan sumergido como para que no cupiera entonces ni quepa hoy su identificación y observación. Le repelía la escritura tanto como a la libertad en cambio le atraía. ¿Cómo hubiera podido el escriba desarrollar el apartado del trabajo forzoso en unos términos explícitos de derecho cuando el mismo epígrafe del capítulo lo que anuncia, como hemos visto, es libertad: « the rights of aborigines to personal liberty and personal property »? Bastaba con la ubicación por mención en capítulo no ya de derecho sin derechos, de ordenamiento sin libertades, sino incluso sin derecho alguno, sin orden formulado, como también hemos comprobado.

Como entrada en materia, en sendos capítulos de *definition of aborigines* y de *historical introduction*, el escriba de 1918 se ocupa de la experiencia británica y estadounidense con humanidad indígena de América⁽¹⁷⁴⁾. Jurídicamente se trataba de una misma cuestión, la de colonialismo a distancia y sobre el terreno, externo e interno si quiere decirse, lo que advierto porque la descolonización parcial de la segunda mitad del siglo XX ha creado espejismos retrospectivos⁽¹⁷⁵⁾, entre ellos el de que la cuestión indígena fuera ayer y sería hoy de naturaleza distinta a la colonial. En tiempos abiertamente coloniales no había distinción por supuesto entre lo uno y lo otro. Indígenas e incapaces por ello para el derecho internacional lo eran tanto en África como en América⁽¹⁷⁶⁾.

⁽¹⁷⁴⁾ A.H. SNOW, *The Question of Aborigines in the Law and Practice of Nations*, caps. I y II.

⁽¹⁷⁵⁾ F. COOPER, *Decolonization and African Society: The labor question in French and British Africa*, p. 6: « One of the problems in writing about decolonization is that we know the end of the story. Whether self-government is seen as the outcome of a process of preparation carried out by a colonial state or as a triumph wrested from the colonizers by nationalist movements, the story lends itself to be read backwards and to privilege the process of ending colonial rule over anything else that was happening in those years ». Ahí anida la tendencia tanto historiográfica como jurídica a abordar hoy el asunto de los pueblos indígenas cual si fuera diverso, de otro orden, al del colonialismo. Y ya está hecha la advertencia sobre la confusión entre tiempos inducida por el *postcolonialismo*.

⁽¹⁷⁶⁾ Por parte de la historiografía internacionalista prefiere recordarse, mejor

Entre la colonia de Fernando Póo en Bioko y los Estados de América Latina, la presencia de las *Leyes de Indias* constituye todo un indicio. Si las mismas podían seguir llamándose de tal modo y tenerse por vigentes en tiempos constitucionales, es porque *ley* podía significar, dijeran lo que dijeren unas Constituciones, casi cualquier cosa, inclusive desde luego la costumbre de tracto preconstitucional. Pues tal canon consuetudinario resulta de lo más maleable en manos de autoridades y propietarios coloniales, las *Leyes de Indias* interesan para época constitucional como signo sincrónico antes que por el diacrónico⁽¹⁷⁷⁾. A las alturas del siglo XIX e incluso para África, como desde antes para Asia, su invocación normativa no tenía por qué representar remisión literal. Con la prestancia de la escritura, ofrecía cobertura para la disimulación del derecho consuetudinario de la parte colonialista. Era el orden último no sólo desde luego del trabajo y no exactamente para momento alguno en consideración al mismo⁽¹⁷⁸⁾.

que *The Question of Aborigines* de A.H. SNOW, la posición oficial de los Estados Unidos en la Conferencia de Berlín proponiendo que los poderes coloniales se sustentasen « sur le consentement même des indigènes » con el reconocimiento expreso del « droit des races indigènes de disposer librement d'elles mêmes et de leur sol héréditaire » y esto pese a no ahorrarse referencias a la población americana tanto indígena como africana entre expresiones enfáticas de la misión civilizatoria que prestaba entonces coherencia (*Protocoles et Acte Général de la Conférence de Berlin, 1884-1885*, Bremen 1984, pp. 76-77, 154-159, 169 y 180).

⁽¹⁷⁷⁾ Véase ahora en la misma red, en un reprint por lo demás espléndido, las *Leyes de Indias* en el sitio de información normativa del Congreso del Perú a continuación de la Constitución y antes de la legislación en vigor, mientras las propias leyes históricas peruanas sólo se introducen justamente tras el derecho vigente: <http://www.leyes.congreso.gob.pe>. Ya también advertí de la inconsciencia sobre extremo tan significativo que tampoco es que sea exclusiva de una historiografía no jurídica.

⁽¹⁷⁸⁾ M. MAMDANI, *Citizen and Subject: Contemporary Africa and the Legacy of Late Capitalism*, pp. 117-118: « Substantive customary law was really decided by the colonized, was really reflection of a traditional consensus that preceded the imposition of colonialism, and continued through it as the result of some kind of benign neglect? », con la negativa entendida, bien que representándose la cuestión en tal forma que subraya el trance colonial como si la costumbre tan sólo cayera de la parte colonizada y no hubiera entre la colonialista *traditional consensus* consuetudinario al cabo. Y a estas alturas la descalificación absoluta, por contaminación colonialista, del derecho consuetudinario de parte colonizada constituye un modo de afirmar la exclusiva de los

En resumidas cuentas, para lo que nos está aquí importando, sigue sin especificarse aquel derecho del trabajo pues le era propio hasta un punto extremo el carácter consuetudinario, su condición de costumbre a discreción de los poderes coloniales. ¿Cómo pudiera formularse por escrito si desarrollaría prácticas como la de ocupar poblaciones haciendo rehenes a las familias a fin de obligar a los varones a la prestación masiva y por supuesto voluntaria de trabajos penosos e incluso letales? Si hay un derecho que es poder, ahí se encuentra ⁽¹⁷⁹⁾. En la discrecionalidad misma se encierra la clave del ordenamiento no escrito cuando está a disposición de poderes, pues no en todo caso. En rigor, ni derecho había. Haberlo, haylo y no haylo. No cabía que fuera justiciable y la justicia colonial misma era otro factor de compulsión de *civilización* por procedimientos como el trabajo forzado. ¿Para qué se quería la escritura? ¿Qué necesidad había para una disciplina eficiente de asumirse el compromiso de ser *ley* en el sentido más estricto metropolitano mediante la consignación por escrito? *Leyes Coloniales* eran todo menos *ley*. Las mismas quedaban además expresamente confiadas a la discreción no sólo de las autoridades públicas, sino también de los propietarios privados coloniales, aplicándose específicamente al trabajo un principio de superposición de la función de poder a cualquier regla de derecho. Imperaba de este modo y no de otro la costumbre.

Tal era el principal derecho consuetudinario, y no el propio, para la misma parte colonizada. La parte colonialista no ha dejado de disimularlo con la pretensión contraria. Su propia proyección de

Estados como agentes normativos y políticos, de los que han surgido de la descolonización viniendo a colocarse bajo similares presunciones junto con los que fueran colonizadores. Si además no se percibe el derecho consuetudinario de parte colonialista, el mismo poder puede pasar, de no confrontarse, a manos de los nuevos Estados por latitudes de descolonización.

⁽¹⁷⁹⁾ Jules MARCHAL, *L'Histoire du Congo, 1910-1945*, vol. I, *Travail forcé pour le cuivre et pour l'or*, vol. II, *Travail forcé pour le rail*, vol. III, *Travail forcé pour l'huile de palme de Lord Leverbulme*, Borgloon 1999-2001. Puede en consecuencia la actual condición de la África Subsahariana caracterizarse por el postesclavismo como algo más, si esto cabe, que el postcolonialismo, cambio de *post* que no resulta indiferente para « what comes after »: Ania LOOMBA, *Colonialism/Postcolonialism*, Londres 1998, pp. 231-254; Achille MBEMBE, *On the postcolony*, Berkeley 2001, pp. 189-206.

derecho consuetudinario ofrece cobertura al poder consuetudinario propio ⁽¹⁸⁰⁾. El ordenamiento pasa por la ciencia o por lo que como tal se toma. He ahí un capítulo de la *colonial library*, de la biblioteca colonial que no sólo determina el conocimiento de África por el colonialismo, sino que también lo condiciona, con todo el handicap del caso, tras la descolonización ⁽¹⁸¹⁾.

Avanzando el siglo XIX, ya había por Europa quien hablaba de costumbre como fuente de derecho en el ámbito internacional por vincular a los Estados no sólo a tratados convenidos, sino también a convenciones practicadas. Retrospectivamente podrá incluso hablarse de *derecho internacional consuetudinario* o, más todavía, de *codificación* del mismo entre las últimas décadas del XIX y primeras del XX. No se busque la materia colonial. No se inquiera por obras como *The Question of Aborigines in the Law and Practice of Nations* de Alpheus Henry Snow. No se espere el reconocimiento de que, más allá de las relaciones entre sí, los Estados europeos y americanos habían creado todo un ordenamiento consuetudinario de dominio sobre la humanidad que tenían por incivilizada. En el ámbito colonial, tal género de derecho era definitivamente patrimonio exclusivo de la parte colonizada. El resto será por entonces silencio, como más tarde palabrería que encubre igualmente ⁽¹⁸²⁾.

⁽¹⁸⁰⁾ Gayatri Chakravorty SPIVAK, *A Critique of Postcolonial Reason: Toward a History of the Vanishing Present*, Cambridge 1999, p. 203, sugiriendo respecto al cuerpo colonial de narrativas y archivos « that this was the construction of a fiction whose task was to produce a whole collection of *effects of the real* and that the *misreading* of this *fiction* produced the proper name *India*. The colonizer constructs himself as he constructs the colony. The relationship is intimate, an open secret that can not be part of official knowledge ». Sustitúyase *India* por África.

⁽¹⁸¹⁾ V.Y. MUDIMBE, *The invention of Africa: Gnosis, Philosophy, and the Order of Knowledge*, Bloomington, 1988, pp. 44-97; Gaurav DESAI, *Subject to Colonialism: African Self-Fashioning and the Colonial Library*, Durham 2001.

⁽¹⁸²⁾ Francis Anthony BOYLE, *Foundations of World Order: The Legalist Approach to International Relations, 1898-1922*, Durham 1999, pp. 56-70, capítulo sobre *The Codification of Customary International Law* con un concepto obligadamente muy laxo de “codificación”, entre comillas de impropiedad, en el que podría tener perfecta entrada desde luego, por sí y por su carácter prácticamente oficial, la susodicha *Question of Aborigines in the Law and Practice of Nations*. Sobre la persistente visión sesgadamente europeísta y euroamericanista de la formación del derecho internacional, interesa

9. *Escritura y ordenamiento.*

Era un orden laboral aquel colonial que no necesitaba de escritura o que incluso la repelía ya no digo para contrato particular, sino ni siquiera para previsión general. Sintonizaba sin problema con el ordenamiento internacional potenciado en efecto bastante discretamente durante el siglo XIX⁽¹⁸³⁾. Si este orden entre Estados de cara a la humanidad que ellos mismos incapacitaban, la dicha aborígen o indígena, no arrojaba sombra visible como pudieran hacerlo, de observarse, las Constituciones, es porque le faltaba cuerpo de norma o porque ni siquiera lo necesitaba⁽¹⁸⁴⁾. A mediados del siglo XX, las Naciones Unidas se fundaron con el propósito firme de disciplinar el colonialismo mediante un derecho internacional de miras *civilizatorias* con el compromiso de la formula-

el intercambio de posiciones habido en el *Journal of the History of International Law / Revue d'Histoire du Droit International*: Yasuaki ONUMA, *When was the Law of International Society Born? An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective*, en 2, 2000, pp. 1-66, y los comentarios de R.P. ANAND, Antony ANGI, Jörg FISCH, Emmanuelle JOUANNET, Li ZHAOJIE y Nicholas ONUF, 6, 2004, pp. 1-41.

(183) B. CLAVERO, *Positive Morality: la incógnita decimonónica del derecho internacional*, en estos *Quaderni Fiorentini*, 28, 1999, pp. 1127-1140, en diálogo con Stefano MANNONI, *Potenza e ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo, 1870-1914*, Milán 1999.

(184) Edward KEENE, *Beyond the Anarchical Society: Grotius, Colonialism and Order in World Politics*, Cambridge 2002, arrancando con la evidencia referida de que el orden internacional a disposición de los Estados procede de principios del XIX, del Congreso de Viena, con la pretensión de no representar novedad por existir al menos desde las Paces de Westfalia de mediados del XVII, confundiendo con esto más que tiempos. Lo reitero porque es un signo palmario de la necesidad de revisar la historia legendaria del derecho internacional, la que sigue siendo factura de juristas, para cuyo reto *Beyond the Anarchical Society* ofrece una buena base de partida. También ayuda Richard TUCK, *The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Oxford 1999, aunque al final baje la guardia al tener por superado hoy el colonialismo constitutivo del *order in world politics*. El primer título, que puede ciertamente despistar, rinde a la contra tributo a Hedley BULL, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics* (1977), Basingstoke 2002. Para la revisión a fondo y de urgencia que precisa la historia del derecho llamado internacional, acúdase ahora también al tratamiento de A. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge 2005.

ción por escrito. La evidencia inmediata del desatino de dicho objetivo que todavía trae cola se llama descolonización a medias tanto por su extensión limitada como por su gestión restrictiva de parte internacional o entre Estados. Hay un hilo de continuidad desde la historia que hemos visto hasta el derecho que anda en uso ⁽¹⁸⁵⁾. Sigue siendo sumamente fácil no advertir el resultado por lo dicho, porque en buena parte no practica ni necesita la escritura, cubriéndose con la existente que comienza por la de Constituciones. Con la costumbre ágrafa es mucho todavía lo que anda en juego ⁽¹⁸⁶⁾.

La observación del mercenario amanuense de que no había ni tratado ni capítulo ni doctrina jurídica explícita sobre el asunto indígena tenía mucha más enjundia de la que él mismo se figurara. Se trataba del derecho consuetudinario en grado máximo pues se agotaba en el adjetivo cancelando el sustantivo. Es algo que no gustaba entonces advertirse ni en lo que suela tampoco ahora repararse pues esto de la costumbre cual régimen preferente y derecho así problemático parece algo como de poca categoría para la Europa pujante del XIX. Prefería y prefiere mejor endosarse a la humanidad colonizada en tiempo pasado ⁽¹⁸⁷⁾. La falta de escritura practi-

⁽¹⁸⁵⁾ Paul KEAL, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society*, Cambridge 2003; Ronald NIEZEN, *The Origins of Indigenism: Human Rights and the Politics of Identity*, Berkeley 2003; S. James ANAYA, *Indigenous People in International Law*, ed. actualizada, New York 2004. Respecto al colonialismo poco menos que constitutivo del orden internacional dado, ahora es clave L. RODRIGUEZ-PIÑERO, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law*, ya citado.

⁽¹⁸⁶⁾ No deja de guardar coherencia la inadvertencia del derecho consuetudinario colonialista con la ausencia del asunto, como del derecho internacional en general, en consideraciones sobre formas no escritas de la cultura jurídica contemporánea de parte europea: C. PETIT, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Huelva 2001, con discurso a su vez sobre discursos, derivativo en este caso de Pasquale BENEDEUCE, *Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell'Italia liberale*, Bolonia 1996, y de versión aún por entonces inédita de M. LORENTE, *La voz del Estado*, que enseguida citaré.

⁽¹⁸⁷⁾ En términos historiográficos, habría de venirse más acá e irse más allá de V. TAU ANZOÁTEGUI, *El Poder de la Costumbre. Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana ante la Emancipación*, Buenos Aires 2001, o también de P. KARSTEN, *Between Law and Custom: "High" and "Low" Legal Cultures in the Lands of the British Diaspora*, ya citado. Anda en otra dirección, viniendo más acá del pasado pero no

cada por el colonialismo se atribuía al orden indígena como rasgo que marcaba su presunta deficiencia al tiempo que con la imposición se impedía cualquier otra posibilidad de ordenamiento propio para dicha parte, la colonizada. Es como si en la dimensión consuetudinaria se encerrara la evidencia de una incapacidad para cotas presuntamente más elevadas del derecho, las que se tienen por propias de Europa con imperio de la escritura. Ahí radica y así opera el principio consuetudinario, como orden de poder más que de derecho ⁽¹⁸⁸⁾. Incapacita a humanidad de cultura no europea mientras que apodera a la de matriz europea, sea ésta también en su caso africana ⁽¹⁸⁹⁾. La misma descolonización ofrece en su momento testimonio. Puede hacerlo, comprendiendo finalmente a Bioko, la propia de Guinea ⁽¹⁹⁰⁾.

yendo más allá del colonialismo, LEON SHELEFF, *The Future of Tradition: Customary Law, Common Law and Legal Pluralism*, Londres 2000.

⁽¹⁸⁸⁾ M. MAMDANI, *Citizen and Subject: Contemporary Africa and the Legacy of Late Capitalism*, pp. 115-128, muestra el efecto aun limitando, como ya sabemos, el orden consuetudinario a la parte colonizada, a una sociedad en todo caso nada estática por sí misma y por el peso decisivo del dominio colonialista (pp. 118-119: « To get a sense of how deep-seated was the conflict over the customary, we need to grasp how radical were the dislocations that marked the onset of the colonial rule »; p. 122: « Conferred the power to enforce their notion of custom as law, chiefs were assured of backup support from colonial institutions... Customary law thus consolidated the non-customary power of colonial chiefs »; p. 125: « Customary law was never concerned with the problem of limiting state power, only with enforcing it »).

⁽¹⁸⁹⁾ Al efecto interesa un clásico contemporáneo, como tal con buena copia de traducciones: Terence RANGER, *The Invention of Tradition in Colonial Africa*, en Eric HOBBSBAWM y T. RANGER (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge 1983, pp. 211-262; el mismo T. RANGER *The Invention of Tradition Revisited: The Case of Colonial Africa*, en Preben KAARSHOLM y Jan HULTIN (eds.), *Inventions and Boundaries: Historical and Anthropological Approaches to the Study of Ethnicity and Nationalism*, Roskilde 1994, pp. 5-50, también esta nueva visita en T. RANGER y Olufemi VAUGHAN (eds.), *Legitimacy and the State in Twentieth-Century Africa: Essays in Honour of A.H.M. Kirk-Greene*, Londres 1993, pp. 62-111.

⁽¹⁹⁰⁾ Con historia de una dictadura en España buscando a puerta cerrada la complicidad colonial para unos mecanismos constitucionales de cooptación postcolonial (A. CAMPOS, *The Decolonization of Equatorial Guinea: The Relevance of the International Factor*, en *Journal of African History*, 44, 2003, pp. 95-115, además por supuesto de su *De colonia a Estado*), resulta dicho nuevo Estado de base continental en Muni o Mbini, entre Camerún y Gabón, donde queda comprendida la isla de Bioko:

En términos generales, publicidad o ni siquiera escritura eran requisitos para el ordenamiento. Tampoco se entiendan unas prácticas normativas como anomalías coloniales o como manifestaciones de un orden colonial yuxtapuesto al metropolitano y meramente permitido por el mismo. Eran más. Constituían expresiones de un sistema común entre metrópolis y colonia. El gobierno dictaba *leyes* que se comunicaban directamente a las autoridades superiores de las colonias sin pasar no sólo por trámite parlamentario, sino tampoco por publicación oficial. Unas órdenes que creaban estado normativo podían perfectamente comunicarse por vía oral sin necesidad ni de escritura o tampoco de motivación, pues al fin y al cabo su sustento se encontraba en el orden consuetudinario de la parte colonialista. Y la oralidad prevalece o puede hacerlo. Puede comunicarse por escrito que se honren escrupulosamente unos tratados y de palabra que se tomen a beneficio de inventario. Sobre el terreno, las mismas autoridades coloniales podían perfectamente, como también hemos visto, modular, revisar, suspender o modificar derecho venido de la metrópolis sin necesidad tampoco de escritura ni motivación, ya no digamos de contrapeso institucional. La justicia colonial la hemos visto concebirse como coadyuvante de tamaño autoridad ejecutiva o, más que esto, normativa. Para todo ello hay cabida por entonces en las prácticas metropolitanas de producción

James MINAHAN, *Nations without States: A Historical Dictionary of Contemporary National Movements*, Westport 1996, pp. 81-83. Para mapa de posiciones a mano: <http://www.angelfire.com/sk2/guineaecuatorial/mapita.html>. Aparte otras connotaciones de un signo dictatorial ahora postcolonial, se recalcó la pertenencia por la aplicación a la isla de Bioko del nombre del primer Jefe de Estado de la Guinea Ecuatorial independiente, Francisco Macías o Masié Nguema la persona y, la isla durante un tiempo, Masié Nguema Biyogo (a cuyo apellido y del actual presidente, Teodoro Obiang Nguema, se refiere igualmente el título de M. LINIGER-GOUMAZ, *Guinée Equatoriale: 30 ans d'État délinquant nguemista*). Para recordatorio oportuno de otro caso español de colonialismo en África, bien que con la autocomplacencia todavía característica por estos lares europeos, remontándose a aquellos mismos años, entre los cincuenta y los sesenta del siglo pasado, con historia de guerra secreta y otras simulaciones elocuentemente compartidas codo con codo por la España dictatorial y la Francia constitucional, Ignacio FUENTE COBO y Fernando M. MARINO MENÉNDEZ, *El conflicto del Sahara Occidental*, Madrid 2003, nueva entrega de la referida serie sobre *Conflictos Internacionales Contemporáneos*.

de ordenamiento. La colonia no era anómala en sentido alguno ⁽¹⁹¹⁾.

Tras esto y todo lo visto, ahora creo que por fin nos encontramos en condiciones de comprender más cumplidamente el planteamiento *legislativo* de la formulación colonial de un derecho *consuetudinario* del trabajo, del derecho sin más o de un orden que ni constituía derecho tan siquiera, sino *oeconomica*. *Leyes privadas* eran previsiones domésticas no en sentido laxamente figurado, sino estrictamente asociado. *Gobierno local* era gobierno doméstico, así también familiar o, mejor, interfamiliar, de los padres de familia colonizadores, como igualmente, de igual modo, lo era el poder de la propiedad sobre el trabajo. Las *leyes de la colonia* dadas por existentes desde un arranque no eran otras que las de tal especie entendida de familia donde, igual que los padres a los niños, los tutores deben disciplinar a los pupilos, esto era, los europeos a los indígenas. ¿Principal instrumento de carácter ordinario y empleo cotidiano? El trabajo. Ahí radicaba la disciplina que podía manifestarse en *leyes privadas*, pero a cuyas necesidades respondía mejor el detalle de que no se formulara de modo ninguno en términos ni generales ni particulares con el compromiso del soporte gráfico.

Definitivamente no eran *leyes* ni británicas ni españolas, sino *civilizadas*, esto es, europeas destinadas a regir a la humanidad entera o que como tal se concebían e intentaban poner en práctica. Aunque llegaran en pequeña parte a formularse por escrito, no había derecho entendido que pudiera venir a estorbar la misión disciplinaria de agencia colonialista, la que se consideraba de valor universalista por *civilizatorio*. En lo que toca al régimen laboral, « fomentar la civilización del indígena impulsándole al trabajo » era

⁽¹⁹¹⁾ De todo lo dicho hemos tenido, cuando menos, indicios. Aunque no se ocupe de la vertiente colonial, es clave para todo ello, M. LORENTE, *La voz del Estado. La publicación de las normas, 1810-1889*, Madrid 2001. Debe para nuestro caso confrontarse con la confianza en la escritura del panorama que se desprende de J. ALVARADO, *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar*. Del principio de separación de poderes como coartada metropolitana cuando los derechos no prevalecen y la justicia no cuenta con competencia para ampararlos me ocupo en un libro que me traigo entre manos: *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*.

función explícita no sólo del Estado, sino también y ante todo de la propiedad. Para que pudiera realmente satisfacerse el objetivo, mayor especificación no convenía. El amanuense a su modo lo sabía. Comenzándose por el derecho del trabajo o con pormenores religiosos que le interesaban como el de la disciplina social del descanso dominical, el ordenamiento colonial resultaba esencial y constitutivamente consuetudinario, sólo accidental o superflua-mente escrito como especie de ley además, por lo común, de factura no constitucional. Del derecho propio de la parte colonizada puede decirse más bien lo contrario, que resulta entonces consuetudinario por imposición del colonialismo, por accidente propio y necesidad ajena. Aun con la evidencia a la vista, la imagen que ha quedado, como si el colonialismo no anduviese de por medio, es la contraria de un derecho consuetudinario de parte indígena que alcanza por fin, al descolonizarse, un estadio de *civilización* que le franquea el acceso a beneficios como el de la escritura y a procedimientos como el constitucional ⁽¹⁹²⁾.

¿Quién iba a imaginar que el derecho consuetudinario es propio de la parte colonialista, por asumirlo y por imponerlo, para tiempos de constitucionalismo y por tierras además, en casos como el español, de codificación, esto es, de derecho que se programa todo él o poco menos por escrito? No vayamos a escindir por completo el orden colonial del metropolitano ni tampoco a yuxtaponerlo. No cedamos al atractivo de impresiones engañosas. Vuélvase al contraste entre las *leyes privadas* de 1843, con el pasaje más expresivo de nuestra cita de encabezamiento, y las garantías de derechos de la Constitución 1869, con la doble imagen que parece des-

⁽¹⁹²⁾ Al contrario que, derivadamente, para América (Ileana RODRÍGUEZ, ed., *The Latin American Subaltern Studies Reader*, Durham 2002), no conozco para África una literatura equivalente a la desvuelta por el grupo bengalí de los *Subaltern Studies* confrontando categóricamente la historiografía postcolonial, hindú en su caso, por abstraída y tributaria del colonialismo: Partha CHATTERJEE, *The Nation and its Fragments: Colonial and Postcolonial Histories*, Princeton 1993; G.C. SPIVAK, *A Critique of Postcolonial Reason: Toward a History of the Vanishing Present*, ya citado; Dipesh CHAKRABARTY, *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton 2000; Vinayak CHATURVEDI (ed.), *Mapping Subaltern Studies and the Postcolonial*, Londres 2000.

prenderse de poder indiviso, indiviso incluso entre Estado y propiedad, para inyectar civilización de un lado y, de otro, de división de poderes a fin, se entiende, de garantizar libertad. Lo uno era posible por lo otro. Así se articulaban. El ejercicio normativo entre una terna de poderes, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, no desconocía trances similares por la metrópolis y, sobre todo, el mismo juego de los poderes divididos presuponia el momento de indivisión constituyente, el permanente al cabo en las colonias. No existe el contraste de fondo y no sólo de forma que a primera vista parece (193).

El poder colonial representaba al cabo la prolongación y hasta, según sus pretensiones, perpetuación del primer poder constitucional metropolitano, el constituyente. Así puede *civilizar*. Como poder en singular sobre poderes en plural, como primer poder en efecto entre poderes, no se sometía el constituyente a escritura. La producía o, en su caso, el colonial, la eludía. Seguía y ha seguido eludiéndola. La descolonización ha sido con todo un inicio más que un término. Ha abierto espacio al menos político para la escritura pareja de derecho no europeo y de historia no europea poniendo con esto solo en cuestión tanto la historia como el derecho de Europa (194).

10. *Historia, colonialismo, derecho.*

No sé si la historia es maestra, pero parece que enseñar, lo que se dice enseñar, vaya si enseña. Conocimiento más allá de la experiencia difícilmente va a depararnos cuando quienes la hacemos co-

(193) B. CLAVERO, *Constitución Europea e historia constitucional: el rapto de los poderes*, en *Revista Electrónica de Historia Constitucional* (<http://hc.rediris.es>), 6, 2005, sección de *Notas*, constituyendo anticipo del libro susodicho que ando ultimando, *El orden de los poderes*.

(194) Steven FEIERMAN, *Africa in History: The End of Universal Narratives*, en Gyan PRAKASH (ed.), *After Colonialism: Imperial Histories and Postcolonial Displacements*, Princeton 1994, pp. 40-65, versión aligerada de *African Histories and the Dissolution of World History*, en Robert H. BATES, V.Y. MUDIMBE y Jean O'BARR (eds.), *Africa and the Disciplines: The Contributions of Research in Africa to the Social Sciences and Humanities*, Chicago 1993, pp. 167-212.

menzamos por ignorar cuantas lenguas y culturas haya por esos mundos que no sean de matriz europea. No solamente es mi caso. Y aunque supiéramos, ¿cómo se reconstruye la historia de usanzas que repugnan la reducción a escritura y sobre las que además se nos asegura que no cabe el ejercicio de la antropología retrospectiva mediante la agencia hoy debida de la parte que padeciera ayer el colonialismo paladino y menos aun por iniciativa de una historiografía acomodadamente privada de las herramientas precisas para salir de su propio mundo? Parece que procede una reflexión (195).

Las visiones que se ofrecen son las ajenas, quiero decir las nuestras. Si alguna se nos presta o, mejor dicho, prestamos, es la repetida de imagen propia reflejada en nuestra galería de espejos, nuestro todo ello. Con historiografía, con antropología o con cualquier actividad que se pretende científica y que hasta se lo cree desde luego sinceramente, nos referimos a Guinea y resulta que hablamos de Europa. Nuestra fábula siempre habla de nosotros. Lo cual tampoco es que sea malo si somos conscientes al menos de donde nos situamos y por donde nos movemos. No es cuestión de la razón teórica de una imposible ciencia histórica, sino de la razón práctica, la importante al cabo, de un plausible manejo del derecho, llamémosle prudencia, jurisprudencia si se quiere. Es ésta posible precisamente mediante la historia. Y el objeto, como jurídico, es en efecto práctico, pudiendo además resultar todavía de signo no tan solapadamente colonial. Toda historiografía postcolonial, lo mismo que la postpatriarcal, toda la actual en suma con independencia incluso de su objeto, puede que sea jurídica o, aún más, jurisprudencia, fuente constituyente de ordenamiento entendido. Reproduce o

(195) Recuérdese que ha procedido a dicho descarte de la antropología retrospectiva a favor de la potenciación de la historiografía precisamente quien pudiera estar en condiciones de operar de otro modo, I.K. SUNDIATA, *From Slaving to Neoslavery*, p. 5, con el notable merito en todo caso de hacer explícita una posición metodológica tan generalizada como poco reconocida en los propios medios de la historiografía, la caracterizada por situarse científicamente a espaldas de la humanidad sujeta a estudio aunque, como es su caso, no lo esté política ni moralmente en absoluto. A partir de este momento, pues se inician, en lo que caben, conclusiones, voy a seguir elevando a texto registros que han aparecido en notas.

desafía el presunto derecho del supremacismo cultural no cancelado por la descolonización ⁽¹⁹⁶⁾.

Por no saber o no querer verlo, por amagar desentendimiento y guardar reserva, no nos preservamos ni blindamos. No nos libramos así ni mucho menos de Guinea, de todas las Guineas, esto es de la responsabilidad entera contraída por Europa en el exterior, por ella y por las Europas ultramarinas, sus hermanas, nuestras cómplices. Colonialismo mediante, el registro de historia puede ser hasta inmediato título de derecho ⁽¹⁹⁷⁾. No hay modo legítimo de desentenderse por mucho que la práctica en curso tenga impuesta la presunción contraria descargándose al paso de toda prueba. Hágase historiografía del derecho europeo o de alguno en particular de su matriz, sea inglés o francés, español o alemán, italiano u otro, y la complicidad se arriesga. Tengo presente la hospitalidad del *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, centro de historia sobre pensamiento de derecho no anticuario y, frente a lo que es de estilo en la historiografía jurídica, sin adscripción pa-

⁽¹⁹⁶⁾ Con toda su vocación precisamente práctica, de lo más sintomática me parece la conjunción al fin y al cabo congruente de inconsciencia acerca de las secuelas del colonialismo y reducción de su historia a antecedente de la descolonización, como si ésta condonase y volviera página, que acusa la serie editorial citada sobre *Conflictos Internacionales Contemporáneos*, la que es producto de colaboración entre un Ministerio de Defensa y una Universidad, dirigiéndose además particularmente a la formación de un ejército ahora profesional, tropa inclusive, y además activo en operaciones internacionales voluntarísticamente humanitarias. Por su atención a derecho internacional, conviene confrontar Eve DARIAN-SMITH y Peter FITZPATRICK (eds.), *Laws of the Postcolonial*, Ann Arbor 1999.

⁽¹⁹⁷⁾ Roy L. BROOKS (ed.), *When Sorry Isn't Enough: The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustice*, New York 1999; Elazar BARKAN, *The Guilt of Nations: Restitution and negotiating historical injustices*, Baltimore 2000; Janna THOMPSON, *Taking Responsibility for the Past: Reparation and Historical Justice*, Cambridge 2002; Martha MINOW y (como ed.) Nancy L. ROSENBLUM, *Braking the Cycles of Hatred: Memory, Law, and Repair*, Princeton 2002; William BRADFORD, *Beyond Reparations: An American Indian Theory of Justice*, en *Ohio State Law Journal*, 66, 2005, pp. 1-104; Robert DIBIE y Johnston NIOKU, *Cultural Perceptions of Africans in Diaspora and in Africa on Atlantic Slave Trade and Reparations*, en *African and Asian Studies*, 4, 2005, pp. 403-425.

tronímica ni gentilicia, ni italiana ni tampoco europea, bien que afrontando todo el peso de tales coordinadas disciplinarias ⁽¹⁹⁸⁾.

La historia enseña y capacita. La experiencia de la indagación puede habilitarnos sin inhabilitar a nadie, sin tener por qué hacerlo, lo cual no está de más que se especifique en tal escenario de una disciplina historiográfica. Para unos tiempos contemporáneos, cabe que la historia nos forme en el oficio de jurista entrenándonos en la práctica del test de constitucionalidad respecto no al estándar iluso de un derecho ideal, el que hoy diríamos de derechos humanos o fundamentales en plan abstraído del orden efectivo, sino, no tan cándidamente, a la piedra de toque del orden internacional y constitucional de turno, mejor o peor, con sus más y con sus menos. La filosofía de los derechos puede estar en cambio ofreciendo cobertura de buena conciencia a la simple ignorancia de la responsabilidad pasada y presente, no saldada ni cancelada, de Europa. La doctrina jurídica constitucionalista, precisamente ella, la jurisprudencia en uso, puede que esté inhabilitando. El colonialismo no acaba de ser cosa tan sólo del pasado. Pesa más de lo que suele presumirse.

El mismo cuerpo constitucional sigue arrojando sombra colonial. Es el constitucionalismo lo que irradia el ensombrecimiento. La historia nos ayuda a verlo no sólo para tiempo ido, sino también para un presente. Despierta la alerta y alimenta el sentido de la detección de sustratos operativos de orden informal, el consuetudinario no reconocido, que no sólo modulan, sino que determinan el propio alcance del derecho incluso más formal, el constitucional sin

(198) Viene a cuento porque se trata del hogar intelectual europeo para empeños de historia de cultura jurídica no resignados a la reclusión en fronteras nacionales o, en verdad, estatales, cuando no todavía o de nuevo en coordinadas religiosas, las clausuras que todavía caracterizan por nuestros lares, los europeos de casa y de la diáspora, a la especialidad académica. Cuando ficción semejante se hace el intento de replicarse para la misma historia de Europa como sujeto de derecho o, en definitiva, de poderes, el *Centro* florentino sigue representando el empeño de liberarse de tamaña servidumbre, lo consigamos o no. Además, como ya está registrado, en los números anteriores de estos *Quaderni* suyos se ha abierto de par en par, por iniciativa de Pietro Costa, la línea de estudio sobre colonialismo y derecho: *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*. Conviene añadir, para contexto más inmediato, P. COSTA y D. ZOLO (eds.), *Lo Stato di diritto: Storia, teoria, critica*, ya también citado.

ir más lejos ⁽¹⁹⁹⁾. Con derechos humanos y todo, es un trayecto que aún no ha llegado a su término ni está siquiera conduciendo a la disposición para el rendimiento de cuentas ⁽²⁰⁰⁾. Todo lo contrario, con orgullo por lo visto de la hoja de servicios del colonialismo cuyo nombre ya no se dice, se exigen. La descolonización habida, como si fuera cumplida, también ofrece buena cobertura ⁽²⁰¹⁾.

Hasta para la época más improbable, el espacio más inverosímil y la materia más imposible, se ha mostrado tan factible como útil el test estricto de constitucionalidad, el que aplica un mismo

⁽¹⁹⁹⁾ Con la perspectiva contraria hoy más usual que sitúa el derecho consuetudinario en el debe no de la parte colonizadora, sino de la colonizada incluso, esta parte y no otra, frente a la construcción constitucional del Estado de la descolonización o, si se prefiere pues ambas expresiones son equívocas, del postcolonialismo: Armando M. GUEDES, Carlos FEIJÓ, Carlos DE FREITAS, N'Gunu TINY, Francisco P. COUTINHO, Raquel B. FREITAS, Ravi A. PEREIRA y Ricardo do N. PEREIRA, *Pluralismo e Legitimação. A edificação jurídica pós-colonial de Angola*, Lisboa 2003, p. 102: « O risco, para o sistema democrático, é precisamente o de as autoridades tradicionais, quantas vezes armadas de una fortíssima legitimidade local ». Para contraste de perspectivas puede acudir a un número especial de *The International Journal of African Historical Studies*, 36-1, 2003, *Colonial Encounters between Africa and Portugal*, producto de un congreso del año anterior del *Watson Institute for International Studies* de la *Brown University*.

⁽²⁰⁰⁾ Si se necesita todavía comprobación, la pone fácil la *Digiteca Gallica* de la *Bibliothèque Nationale de France* (<http://gallica.bnf.fr>), entrada *Autour du Monde: La conquête des nouveaux territoires*, incluyendo completa la geografía espacial y humana, descriptiva y normativa, interesante en suma al derecho, de Onésime RECLUS, *France, Algérie et Colonies*, París 1886 (Argelia además como si no fuera colonia), geógrafo Onésime ciertamente no tan afamado como su hermano Elisée, pero todavía hoy celebrado en Francia porque fuera quien acuñara el término de *Francophonie*, un concepto que, aplicándose a África, resulta tan paleo (<http://cifdi.francophonie.org>) como neocolonial (<http://agence.francophonie.org>), difícil logro del colonialismo sin más.

⁽²⁰¹⁾ F. COOPER, *Decolonization and African Society: The labor question in French and British Africa*, pp. 466-472, apartado final sobre « the contradictions of universality » que viene aquí a cuento también para lo dicho de la exigencia, inclusive con sus alusiones a la tropa formada en misión *civilizatoria* por « knowledge-bearing outsiders » en cuyo estado mayor hay plaza asegurada y acomodada para juristas. Puede confrontarse, pues el mismo autor se mueve cual alienígena perplejo por la América indígena entre las contradicciones de la omnisapiencia benevolente de sus congéneres europeos y euroamericanos, *knowledge-bearing outsider* en el medio proceloso de las *contradictions of universality*, B. CLAVERO, *Virtual Citizenship, Electoral Observation, Indigenous Peoples, and Human Rights between Europe and America, Sweden and Peru*, en estos *Quaderni Fiorentini*, 31, 2002, pp. 663-779.

estándar a hombres y mujeres, propietarios y trabajadores, colonias y colonizados, esclavistas y esclavos, en masculino y en femenino. ¿No debiera generalizarse? Ha de hacerse con el cuidado de no perderse perspectivas. Hay que estar por partida doble dentro y fuera de la historia, de aquella a la que nos referimos y de la nuestra, de nuestro tiempo y nuestro espacio. Tomar en cuenta las coordenadas jurídicas de latitudes pretéritas no tiene por qué recluir en ellas. Ser sensible a la exigencia de los derechos humanos en pie de igualdad no tiene por qué cegar para el pasado ni para el presente del derecho, para pasados ni para presentes. Otra cosa, otra vía, conduce al bloqueo habitual de las filosofías normativas de los derechos, inclusive de las corrientes que se pretenden alternativas y van a la contra, o también del propio constitucionalismo. Es la vía sin salida de andar presumiendo igualdad al tiempo que, no sólo por ignorarse, sino por quererse abstraer situaciones incluso de derecho, se aplican dobles, triples e innúmeros raseros. Se produce el efecto indefectiblemente cuando lo que se ignora es la presencia rampante de colonialismo ayer y de un postcolonialismo sin solución de continuidad hoy (202).

La enseñanza de la historia puede generalizarse porque debe particularizarse comenzándose desde luego por casa. Como suele ser el caso más o menos explícito de las Constituciones, aquellas españolas del XIX, con todas sus diferencias, tenían en común que tomaban como base más o menos explícita los derechos de libertad, les confirieran o no un valor constituyente, y que entendían además

(202) M.A. HASIAN, Jr., *Colonial Legacies in Postcolonial Contexts: A Critical Rhetorical Examination of Legal Histories*, p. 238: « From a historical vantage point, post-colonial scholars are right when they argue that the legal problematic of colonialism did not end with the advent of nationalist or indigenous regimes in the wake of decolonization », bien que habría de insistirse en la advertencia de que para el caso de América el *postcolonialismo*, identificando descolonización con independencia, ha venido a representar la posición exactamente contraria de velar la evidencia colonialista del propio tiempo constitucional. Es riesgo de confusión por andarse identificando posiciones no por sí mismas, sino en términos de relación, ya *post* o *pre*, ya *pro* o *contra*, ya *neo* o *alter*. Y son en fin *legal histories*, historias jurídicas, historias no sólo del derecho, sino también de la historiografía, que en buena parte aún esperan *critical examination*, recordatorio y además, sobre todo, escrutinio o incluso, ante todo, mera identificación para que se pueda arrancar con recuerdo y proseguir con estudio.

invariablemente por ley la norma de carácter parlamentario, dejasen más o menos espacio a ejecutivo y judicial, con Gobierno y Tribunal Supremo mayúsculos por medio, para desarrollar, compartir e incluso ejercer poder de alcance normativo. Para lo que no parecía dejar cabida ninguna de aquellas Constituciones es para *leyes privadas*, ni coloniales ni familiares ni tampoco laborales. Y he aquí que cabían. Existían y se desenvolvían sin mayor problema. El test resulta que ilumina no sólo la excepción, sino también la regla o lo que por tal se tiene indebida e ilusamente. Puede que sea la inversa lo que rija. Por ahí, por tamaño solapamiento, anda la conclusión que salta entonces a la vista. Puede que así tenga algún valor de carácter general el experimento realizado, aun siendo único, para caso extremo de la época más improbable dentro del tiempo constitucional y del espacio más inverosímil en el mismo universo colonial respecto al objeto ahí más imposible, el derecho del trabajo, durante un tiempo exiguo y por unas latitudes reducidas.

Con todo lo visto, ¿no habría que ubicar y comprender para tiempo contemporáneo en tales escenarios constitucionales, los existentes y operativos en cada momento y no otros, el planteamiento y evolución de toda rama sustantiva del ordenamiento, sea civil, mercantil, penal o del trabajo ⁽²⁰³⁾, formal o informal también que fuera, o de todo él y de cada manifestación del mismo en suma y en definitiva, por muy poco o incluso por nada constitucional que a primera vista pudiera parecer? Y no se trata en caso de alguno de agregar alguna rama descuidada al ramo que se cultiva. Reintegrar

⁽²⁰³⁾ Pues nos ha ocupado el derecho pretérito del trabajo en el caso de Bioko, puede proseguir la lectura viendo un *paper in progress* sobre el estado presente (2005): A. CAMPOS, *Investigación y denuncia: Los dilemas actuales de un estudio sobre los derechos laborales en Guinea Ecuatorial*, en Departamento de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid, *Working Papers OnLine Series* (<http://www.uam.es/centros/derecho/cpolitica/papers.htm>). Guinea Ecuatorial suscribe convenios de la Organización Internacional del Trabajo, a la que pertenece desde 1981, para no rendir a continuación cuentas: <http://www.ilo.org/ilolex/english/cprofiles/equatorialguineaS.htm?application>. Para más amplia información no sólo de derecho laboral, puede visitarse una página abierta por sindicatos y partidos españoles: http://www.ccoo.es/guinea.ec_democratica/index.htm. Otros enlaces interesantes igualmente a derechos ofrece el Departamento de *African Studies* de la Universidad de Columbia: <http://www.columbia.edu/cu/lweb/indiv/africa/cu/vl/EqGuineagen.html>.

en la historia jurídica de tiempo constitucional el orden internacional en general y el colonial en particular significa poner unas suposiciones de momento en cuarentena, acto seguido en cuestión y a la postre, si no en la papelera, en los archivos de testimonios perecidos. Me refiero por supuesto a las suposiciones que pacíficamente presiden tanto la vertiente política como la civil de la misma historiografía y del propio derecho, de toda ella y de todo él en definitivas cuentas.

Ante el panorama contrario que sigue ciertamente ofreciéndose, ¿se reparten incompetencias y responsabilidades? No son exclusivas, ya sabemos. Respecto al derecho consuetudinario del trabajo colonial, podrían corresponder en mayor medida, por el alcance del fenómeno, a internacionalistas que a laboristas. En todo caso, tiene su alta cuota de responsabilidad la historiografía jurídica que no acaba de hacerse con la perspectiva conveniente para la toma en consideración integrada y articulada de todo el conjunto de las ramas del derecho en tiempos del constitucionalismo. Digamos en suma que las responsabilidades recaen sobre una cultura del derecho, la nuestra, quiero decir de una parte minoritaria de la humanidad viva.

No parece en fin que ande cundiendo la práctica profesional de abordaje y tratamiento de la historia del derecho de los tiempos que se tienen por contemporáneos, de todo él y de todas y cada una de sus ramas, la internacional más elusiva por supuesto comprendida, desde perspectiva constitucional de derechos sustantivos, los de libertad del caso, y procedimientos normativos, los de representación en juego. Si no quiere recaerse en la ficción más ilusa, no se diga de democracia para lo segundo ni de derechos humanos para lo primero. No se presuma para la historia ni tampoco para el presente. La una puede enseñar al otro. Comencemos en la historiografía por extremar el cuidado con el lenguaje para no contribuir al fraude del derecho. Las palabras, tanto dadas como por dar, le importan de modo neurálgico. Sean al menos ellas las cabales.

11. *Antropología, representación, derechos.*

Sea la ciencia la cabal, lo cual seguramente excluye, al menos

por ahora, a una historiografía jurídica por muy crítica incluso que se presume y que hasta se comporte. ¿Cómo se puede disertar sobre Bioko sin haberlo siquiera pisado, ya no digo sin hablar una palabra de adiyah? La duda interesa y compromete desde luego a la ciencia, pero también y ante todo al derecho, más concretamente a los derechos. Dicho de otro modo, la cuestión viene a resultar primordialmente constitucional. Lo es aunque no se le reconozca por parte del constitucionalismo ni normativo ni doctrinal.

Buena parte de lo que queda expuesto se mueve entre lo tentativo y lo presuntivo. Pues se trata de historia, en lo que se piensa enseguida es en la necesidad del trabajo en los archivos. ¿No se sabe con seguridad de la procedencia geográfica y cultural de unos misioneros quizás afroamericanos o afrobritánicos y además, encima, *anabaptistas*, quienes negaban la gracia cristiana a la infancia africana, con lo cual el mismo dato habría de resultar relevante para darse cuenta de una medida de expropiación con muy mediana compensación bajo Constitución que amparaba expresamente propiedad? ¿Unas Comisiones Mixtas de derecho internacional pudieran presentar problemas de constitucionalidad al asumir competencias políticas y específicamente judiciales de última instancia, algo entonces absolutamente imprevisto y casi imprevisible o poco menos por los sistemas de Estado? ¿Esclavos y esclavas emancipados pasaban a una condición análogamente servil sin plantearse realmente dilemas constitucionales ni nada semejante por parte alguna? Acudamos entonces, para obtener respuestas, a los archivos eclesiásticos baptistas, judiciales británicos y diplomáticos estadounidenses, a todos ellos y a algunos otros más, bastantes, antes incluso de publicar una sola letra sobre Bioko ⁽²⁰⁴⁾. ¿Y no están sin agotar

(204) Se habrá observado que, sin hacer siquiera el intento de adentrarme, he ido dejando pistas de archivos como, por ejemplo, de expedientes contra *anabaptistas* en España o de misiones *baptistas* en Gran Bretaña. La vía por la que he llegado a la convicción de que la última presencia en Bioko de quienes bautizan o no bautizan, según perspectivas, fuera afroamericana me consta que arroja menos luces que sombras. La bibliografía adicional, la de tales misiones, ni siquiera me ha aclarado relaciones entre iglesias baptistas de Europa y de América. En todo caso y abundando en la copia de archivos, queda en evidencia que el estudio del derecho colonial no puede contentarse, para la época constitucional tanto como para la precedente, con fuentes de Estados o

los archivos españoles, los de la potencia colonial de antaño en la Guinea hoy Ecuatorial? ¿Y que decir de los que se encuentran por África? Los hay por supuesto que interesan al caso ⁽²⁰⁵⁾. Pero, en fin, si tal fuera el procedimiento, si el agotamiento de archivos hubiera de ser la regla y llevarse a término, prácticamente nada de lo citado y encabezando desde luego este ensayo se habría nunca publicado. Advirtamos ante todo la falta de conciencia. Si entre tantas incógnitas de interés constitucional el experimento no resulta por completo fallido, es porque sirva para cobrarla, a la conciencia me refiero. Más no cabe.

Hay otras preguntas, las que creo que pueden acabar por resultar las claves. ¿Es una historiográfica así de concienzuda la que, guardando absoluta consecuencia con la metodología que predica de sustento en fuentes, estaría entonces en condiciones de brindar respuestas? ¿Es así una ciencia de momento a medias que esta siempre en camino de serlo redonda y por completo? Concedamos que podría en efecto acabar por responder a tales concretas cuestiones, pero ¿sería esa, exactamente esa, la ciencia cabal y justa que

similares exclusiva ni prioritariamente. La misión *civilizatoria* no fue todavía, en tiempo constitucional, menos religiosa que económica y política.

⁽²⁰⁵⁾ R. MEYER-HEILSEBERG, *Notes from the Liberated African Department in the Archives at Fourah Bay College, Free Town, Sierra Leone*, Upsala 1967; G. Hugo NWOHWUJI y D. ELTIS, *Characteristics of Captives Leaving the Cameroons for the Americas, 1822-1837*, en *Journal of African Studies*, 43, 2002, pp. 191-210. Interesa también el programa del congreso del 2000 en Nike Lake, Estado de Enugu, Nigeria, sobre *Repercussions of the Atlantic Slave Trade: The Interior of the Bight of Biafra and the African Diaspora* (<http://www.yorku.ca/nhp/conferences/past/enugupro.pdf>), cuyas actas, a cargo de Carolyn A. BROWN, acaban de editarse manteniéndose el título de la convocatoria, Trenton 2005. Y existe desde principios de los noventa un *African Journal of Library, Archives and Information Science* poniendo el acento en la localización y conservación de materiales en África, inclusive de los jurídicos: Tom A. ADAMI, *The Management of International Criminal Justice Records: The Case of Rwandan Tribunal*, en dicho *Journal*, 13, 2003, pp. 1-10; de éste puede verse en internet su contribución (*Archives and International Prosecutions: Genocide, Justice and Innovative Archival Practice*) en la *International Conference of the Round Table on Archives* (http://www.ica.org/citra/english/index_eng.html), sesión de 2003 en Ciudad del Cabo, así como noticia de su participación a la *Second International Conference of the History of Records and Archives*, Amsterdam, 2005, (<http://i-chora2.archiefschool.nl/speakers.php>): *Who will be left to tell the tale? Recordkeeping and International Criminal Jurisprudence*.

el caso precisa? Pongamos que realizase un descubrimiento como el de que las Comisiones Mixtas se enfrentaron en efecto a cuestiones de constitucionalidad referentes a las competencias judiciales de los tribunales o cortes de Estados, pero que no se molestaron en cambio por suscitar cuestión de orden constitucional ninguna en momento alguno, de parte británica ni de parte española, respecto a la privación de libertad de aquellos y aquellas a quienes emancipaban, o que ni siquiera concibieron que se pudiese. ¿Asunto sabido? ¿Investigación satisfecha? ¿Conclusión alcanzada? ¿Sería ésa realmente una última y definitiva respuesta? ¿Y a qué responde realmente? ¿A quienes se dirige? ¿Y a quienes se ha dirigido la pregunta misma? La cuestión constitucional de las salidas de la esclavitud a quien ante todo concierne es a la parte esclavizada. Ahí y no a unos tribunales de parte contraria habría de comenzar por dirigirse la pregunta. Hay así que liberarse del dictado de la panoplia entera de unas fuentes, de la exclusiva de todas las que como historia representan el imperio de una cultura. Es un imperativo moral perfectamente ignorado por la historiografía al uso ⁽²⁰⁶⁾.

¿Cómo cabe sin embargo plantearse la indagación si se trata precisamente de quienes no pudieron dejar trazas autónomas por escrito y que, si comparecen ahora en unos archivos, es así a través de miradas ajenas? ¿Cómo puede escucharse una voz extinguida a la fuerza en el tiempo? Voz africana no hemos tenido ni siquiera cuando se hubiera debido. Nos hemos encontrado con algún tratado entre parte europea y parte africana. Los tratados ya se sabe que se caracterizan por componerse como mínimo entre dos voces, de forma así constitutivamente bilateral. Sólo nos han llegado en el

⁽²⁰⁶⁾ G.C. SPIVAK, *A Critique of Postcolonial Reason: Toward a History of the Vanishing Present*, p. 301: « Historical sanctions for collective action toward social justice can only be developed if people outside of the discipline question standards of *objectivity* preserved as such by the hegemonic tradition »; p. 203 ya citada: « a hegemonic nineteenth-century European historiography » identificó « the archives as a repository of *facts* », con lo cual, en su caso, « the object of representation that becomes the reality of India » resulta construido por « the soldiers and administrators of the East Indian Company », británica por supuesto. Sustitúyase *India* por Bioko y la *East Indian Company* por el santo Jerónimo María Usera y compatriotas, inclusive quienes hoy nos dedicamos a menesteres como el de la historiografía o el de la antropología.

caso documentos de una de ellas, la que lo entiende dirigido a la prestación de trabajo prácticamente esclavista y lo desarrolla de modo que oculte la evidencia o haga el intento, como hemos visto. Para parte colonial el tratado se identifica con escritura y se interpreta por lectura de ella misma. Se entiende como unilateral incluso a los efectos de atribuirse en exclusiva la jurisdicción para imponerlo, como hemos comprobado. Bilateralidad es cosa de las potencias coloniales entre sí, como en el caso de las Comisiones Mixtas. La otra voz es excluida de origen y raíz, cancelando hasta historia previa, por acción del colonialismo. Por sólo decir Bioko en vez de Fernando Póo no se recupera o ni siquiera se crea la sensibilidad para detectar la ausencia. ¿O es que acaso quien esté leyendo viene echándola en falta? Ya no digo voz. De la parte silenciada no quedan ni apenas ecos en los archivos producidos por la práctica colonial al alcance ahora de la historiografía ⁽²⁰⁷⁾. « Virtually unknown even to Africanists », no digamos de europeístas. Casi desconocida para la antropología, ya no digo de la historiografía ⁽²⁰⁸⁾.

La antropología puede estar al quite por encontrarse en mejores condiciones. A falta de archivos cumplidos, aquí entra, como otra presunta ciencia, la práctica de campo, la que acude al lugar, pisa el terreno, aprende idioma y se comunica. La hay sobre Bioko, que no he citado ⁽²⁰⁹⁾. Como no es mi especialidad, no osaría desde

⁽²⁰⁷⁾ B. CLAVERO, *Tratados con otros Pueblos y Derechos de otras Gentes en la Constitución de Estados por América*, Madrid 2005. El caso al que me estoy aquí refiriendo es obviamente el visto del tratado de 1862 con Bimbia, en el actual Camerún, para prestación de fuerza de trabajo cuyo texto de parte, en castellano, y cuya interpretación para disimularse las implicaciones esclavistas de su entendimiento colonial se encuentran en la compilación de *Legislación referente a Territorios Españoles del Golfo de Guinea*, pp. 60-62 y 77.

⁽²⁰⁸⁾ La expresión vimos que servía de arranque para una reseña de M. LINIGER-GOUMAZ, *Guinée Equatoriale: 30 ans d'État délinquant nguemista*, en un número de 2000 del *International Journal of African Historical Studies*. Como puede particularmente comprobarse en las páginas de esta revista y en las del *Journal of African History*, aun con toda la historiografía citada y la antropología que, como enseguida digo, no cito, el juicio puede sostenerse en términos comparativos con otras latitudes africanas.

⁽²⁰⁹⁾ Para la última experiencia en Bioko de la que tengo noticia, Nuria FERNÁNDEZ MORENO, *The attitudes and roles of the anthropologist in fieldwork*, en *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, 58, 2003, pp. 153-170, reflexionando sobre tra-

luego lanzar la especie que me permití para con el llamado *Derecho Indiano*, esto era que puede llegar a producir un turbador sentimiento de vergüenza ajena. Mas me consta que trata igualmente a humanidad no europea ni euroamericana y particularmente a la africana como si no tuviera inteligencia propia ni siquiera de sí misma. Permítaseme entonces la licencia de excusar también el registro de la que versa sobre Bioko. Tras haber hecho uso y abuso de citas, así al menos voy al final ahorrándolas en lo que se refiere a un sector de la antropología. Concentrándose en la reflexión, la metodología puede discurrir sin tanta ortopedia, pero no en todo caso sin conciencia de la propia posición por el condicionamiento que supone la cultura particular sobre todo cuando se presume universal. Para la antropología de campo como para la historiografía de archivo, es con este humilde pie de entrada como conviene, según los visos, arrancar ⁽²¹⁰⁾.

No parece ser lo que se estila. La presunción de la propia cultura comienza por distorsionar la relación misma entre historia y presente. La antropología de campo suele situar a la humanidad estudiada en un tiempo distinto al propio, no digo tiempo histórico porque se le representa como intemporal. Con esto suele entenderse que igual sirve para el pasado como para el presente. No habría así en rigor narrativa estrictamente africana. La historiografía contribuye procediendo como si la historia de África fuera préstamo y recibiese energía de Europa. Estamos sin embargo sobre aviso. Se nos ha alertado frente al éxtasis de la historia mediante la retroproyección de la antropología precisamente porque lo que media es la historia y una historia por añadidura colonial produciendo

bajo de campo realizado entre 1988 y 1992. En las páginas aludidas de P. SALVADOR sobre *Derecho Consuetudinario* y *Concepto de Colonia* en la *Revista de Estudios Políticos* y su suplemento de *Cuadernos de Estudios Africanos* se tiene alguna noticia de estudios de antropología en fecha significativa sustentando la presunta exclusividad indígena de tal derecho, el que se dice *consuetudinario*. Puede también ilustrar la *Bibliografía de Política Colonial: África Subsahariana* que se encuentra en dicha revista, 69, 1953, pp. 251-260.

⁽²¹⁰⁾ B. CLAVERO, *Genocidio y Justicia*, pp. 53-64, adonde me autoremito pues ahí, con referencias, inicié la reflexión metodológica sobre la localización cultural y personal que aquí, a cuerpo limpio, retomo.

profundos cambios en la humanidad afectada. La alternativa de la comunicación presente ha quedado inhabilitada como estrategia de investigación o eso se nos ha asegurado con toda la seriedad de la profesión solvente ⁽²¹¹⁾.

Permítaseme una pregunta ingenua de respuesta además fácil. ¿Alguien lo ha intentado? Nadie lo ha hecho respecto a Bioko. La situación actual de dictadura política ciertamente no lo facilita ⁽²¹²⁾, pero el problema a nuestros efectos reside en que se ha perdido la conciencia también en esta vertiente. Nadie ha planteado la necesidad de comunicarse con la humanidad viva a los efectos estrictos de la investigación social, antropológica o histórica que sea. Quizás nadie de entre quienes concurren a este campo de estudio se encuentre en la posición de cultura que le permitiera proceder al planteamiento ⁽²¹³⁾. No acaba de situarse ni siquiera la doctrina del

⁽²¹¹⁾ Metodológicamente puede que no andemos por lo común tan lejos de la franqueza colonial: « How comes it that the Africa of our inquiry possesses practically no history before the coming of Europeans? » (Arthur Percival NEWTON, *Africa and Historical Research*, p. 267, en *Journal of the Royal African Society*, 22-88, 1923, pp. 266-277, con detalle que venía al caso, p. 270: « The beginning and early history of Bifra, Loanda, Benguela, Mossamedes and the whole province of Angola, the islands of Fernando Po, São Thome and Annobon, have received comparatively little of the detailed historical investigation that they deserve »). A nuestras alturas, como ya también se nos ha advertido, incluso publicaciones sobre historia con título de África, obras que bajo tal credencial se presentan y en su virtud se acogen, « tell us little about African history », si algo la inmensa mayoría de ellas. La referencia derogatoria a la antropología por historiografía capaz vuelve a ser por supuesto a I.K. SUNDIATA, *From Slaving to Neoslavery*, p. 5.

⁽²¹²⁾ Es notorio que Guinea Ecuatorial sigue al margen de los empeños actuales de superación en África de recientes conflictos y antiguas explotaciones entre otras vías esto mediante la recuperación de una memoria histórica con participación decisiva de quienes han sufrido iniquidades o sufren secuelas: *African Studies Quarterly: The Online Journal for African Studies* (<http://www.africa.ufl.edu/asq/index.htm>), 8-1, 2004, número especial sobre *Truth and Reconciliation Commissions in Africa*; también, *African Studies Review*, 48-2, 2005, número especial sobre *Mourning and the Imagination of Political Time in Contemporary Central Africa*. Y no olvidemos que median genocidios no sólo presentes, sino también pretéritos de los que no acaba de aceptarse la debida responsabilidad de parte europea: Danielle DE LAME, *(Im)possible Belgian Mourning for Rwanda*, en dicha entrega de *African Studies Review*, pp. 33-43, por no volver a recordar el caso todavía más clamoroso del Congo colonial.

⁽²¹³⁾ El autor de la mejor monografía sobre el trabajo en Bioko durante el XIX,

derecho internacional concernida con derechos humanos que, ante acontecimientos que les afectan gravemente, ha de dar pleno crédito a testimonios de la humanidad del caso ⁽²¹⁴⁾.

A efectos de conocimiento de historia, tampoco ha transcurrido tanto tiempo desde la época abiertamente colonial o incluso desde su arranque decimonónico en Bioko. Y la humanidad sin archivos, la que se encuentra privada de la capacidad de tenerlos, es la que guarda más memoria. La misma desautorización de la antropología retrospectiva puede que resulte precipitada. Se proclama desde universidades europeas y euroamericanas. ¿Cómo puede darse tan

From Slave to Neoslavery, Ibrahim K. SUNDIATA, es liberiano de origen, muy vinculado por lo tanto a la historia del caso, bien que tanto sus estudios como su carrera académica transcurren en los Estados Unidos, profesando durante un tiempo en la *Howard University*, caracterizadamente afroamericana, y en la actualidad en el *Department of African and African-American Studies* de la *Brandeis University*, Universidad de fundación judía militantemente ahora antisectaria y multicultural. Personalmente es todo menos un investigador ensimismado. Entre sus diversas obras figura *Equatorial Guinea: Colonialism, State Terror and the Search for Stability*, Boulder 1990. Pues bien, tengo el convencimiento de que su posición metodológica, y en particular su rechazo sin matices de la antropología retrospectiva, tiene mucho que ver con su localización cultural, no exactamente en definitiva africana, sino afroamericana. Para exposición actual de sus perspectivas, I.K. SUNDIATA, *Africa in the Diasporic Gaze*, conferencia en el *Congrés Internacional d'Estudis Africans* organizado en Barcelona, 2004, por el *Laboratori per a la Investigació de les Societats Africanes*, cuyo texto puede encontrarse en internet, junto a algunos otros papeles de dicho simposio (comprendido el de A. CAMPOS, *Cooperación y democracia en Guinea Ecuatorial y Mozambique*): <http://www.africa-catalunya.org/congres/htmldocs/cat/continguts/textos.php?veure=ponencia>.

⁽²¹⁴⁾ Para el chequeo en el terreno de la práctica, ya que no a Guinea, puede mirarse al caso cercano, no sólo por la historia vista, de Sierra Leona: Priscilla B. HAYNER, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*, New York 2001, pp. 70-71 e *Index* de materias; William A. SCHABAS, *The Relationship between Truth Commissions and International Courts: The Case of Sierra Leone*, en *Human Rights Quarterly*, 25, 2003, pp. 1035-1066, también en Cesare P.R. ROMANO, André NOLLKAEMPER y Jann K. KLEFFNER (eds.), *Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Sierra Leone, East Terror, Kosovo, and Cambodia*, Oxford 2004, pp. 154-176: *Internationalized Courts and their Relationship with Alternative Accountability Mechanisms: The Case of Sierra Leone*. Y hágase la comparación con la literatura citada de derecho internacional, la de factura de juristas, que, inconsciencia mediante cuando menos y en el mejor de los casos, se figura una historia lineal desde las Comisiones Mixtas para abolición de la esclavitud sin consideración de derecho propio de quienes se emancipan hasta esta otra práctica centrada en el empeño de asegurarse derechos humanos elementales.

olímpicamente por supuesto que hay alguna humanidad sin credenciales para hablar, como fuente además primordial, respecto a su propio pasado cercano? El caso es que se le está privando de voz en asunto propio y con ello virtualmente de derecho. Se le respresenta como si fuera sujeto que no pudiera hacerse presente por si mismo. El indígena ya se sabe que es tan sólo el informante. Lo suyo no es el conocimiento, sino el testimonio, un testimonio a beneficio del inventario consumado por la ciencia que viene de fuera (215). En efecto se le trata como si necesitase de la representación ajena para lograr presencia propia. Ni siquiera se hace notar la carencia porque ahí están unas ciencias académicas, la antropología como la historiografía, ofreciendo la impresión contraria de aparente existencia y hasta elocuente voz (216). Entre la una y la otra, se tiene ahora incluso literatura que intenta contemplar la pugna de la representación propia frente a la representación ajena, pero haciendo así a la primera jugar todavía en campo contrario con efectos hasta de exclusión llana a estas alturas (217). No es seguramente por la vía académica como podrá superarse la suplantación. ¿Se encuentra Europa, quiero decir su cultura ubicua, realmente en con-

(215) Phina MOTZAFI-HALLER, *Writing Birthright: On Native Anthropologists and the Politics of Representation*, en Deborah E. REED-DANAHAY (ed.), *Auto/Ethnography: Rewriting the Self and the Social*, Oxford 1997, pp. 195-222, para una reflexión apasionante a caballo de identidad y representación, información y autoría, entre África Subsahariana y Oriente Medio, Botswana e Israel.

(216) G.C. SPIVAK, *Can the Subaltern Speak?*, en Cary NELSON y Lawrence GROSSBERG (eds.), *Marxism and the Interpretation of Culture*, Urbana 1988, pp. 271-313; John BEVERLEY, *Subalternity and Representation: Arguments in Cultural Theory*, Durham 1999; G.C. SPIVAK, *The New Subaltern: A Silent Interview*, en V. CHATURVEDI (ed.), *Mapping Subaltern Studies and the Postcolonial*, pp. 324-340.

(217) Kay WARREN y Jean JACKSON (eds.), *Indigenous Movements, Self-Representation, and the State in Latin America*, Austin 2002; María Elena GARCÍA, *Making Indigenous Citizens: Identity, Development, and Multicultural Activism in Peru*, Stanford 2005, con el efecto de exclusión más evidente, al no ser misceláneo, en este segundo caso: « The Amazonian regions of Peru », lo que quiere decir varios pueblos indígenas si no todos por entero porque alguno se encuentra dividido por la frontera con Ecuador, « are beyond the scope of this book » (p. 179), mediante la decisión entendida o las limitaciones palmarias de quien, escribiendo y publicando, sigue mediando en la representación aunque ahora lo esté descartando (p.6, apoyándose en las primeras, *Introduction a Indigenous Movements, Self-Representation*, pp. 1-46).

diciones de representar a nadie salvo a sí misma? Ni ella ni nadie, pues no hay representación sin presencia ⁽²¹⁸⁾.

En definitivas cuentas, el despotismo científico global se une, para casos como el de Bioko, a la dictadura política local. Tal es el orden de los factores pues lo primero, viniendo de los tiempos coloniales, es lo que históricamente precede en efecto. Y lo que tiene más peso, lo que está demostrándose menos transitorio, poco menos que incommovible. ¿Es una cuestión científica entonces? ¿Es una cuestión política en cambio? ¿Es una cuestión ética en el fondo? Es una cuestión jurídica y constitucional por lo que importa a efectos prácticos. Afecta profunda y radicalmente a derechos. La representación cultural es, como básica y previa, necesaria para la representación política aunque como tal ciertamente no se le considere o ni siquiera se le identifique por parte del constitucionalismo. Viene a impedirlo su misma habitual reclusión en ordenamientos dados de Estados constituidos ⁽²¹⁹⁾.

He ahí la clave constitucional para la práctica de unas presuntas ciencias. Se nos ha dicho: « To the immortal shame of Portugal, Spain, and France », eran capturadas embarcaciones esclavistas de las respectivas banderas por allá entrado el siglo XIX, ya en tiempos constitucionales, en las aguas del Golfo de Guinea ⁽²²⁰⁾. Diga-mos ahora que *to the immortal shame* de la academia europea y euroamericana, con Gran Bretaña definitivamente incluida para

⁽²¹⁸⁾ Talal ASAD, *Muslims and European Identity: Can Europe Represent Islam?*, en Anthony PAGDEN (ed.), *The Idea of Europe: From Antiquity to the European Union*, Cambridge 2002, pp. 209-227; más en general, puede añadirse del mismo T. ASAD, *Formations of the Secular: Christianity, Islam, Modernity*, Stanford 2003, pp. 127-158.

⁽²¹⁹⁾ Gonzalo ARRUEGO, *Representación política y derecho fundamental. La participación política representativa en la Constitución Española de 1978*, Madrid 2005.

⁽²²⁰⁾ Recuérdese la cita del *Columbia Centinel* del 22 de septiembre de 1821: « We have sent three Portuguese and one Spaniard to (the Mixed Commission in) Sierra Leone with 1.000 slaves. There have been, to the immortal shame of Portugal, Spain, and France, no less than 100 slavers (vessels) in the neighborhood of Fernando Po during the last twelve months ». La aclaración de *vessels* figura en la misma noticia. El recordatorio del destino de la *Mixed Commission* es en cambio mío. Prosigo en este penúltimo apartado con la elevación a texto del discurso paralelo que he venido conduciendo entre la historiografía y la metodología a través de las notas, por lo cual algunas podrían resultar finalmente ociosas como tales, ésta inclusive probablemente.

ahora como para entonces, la ciencia resulta el medio todavía más efectivo de extrañamiento constitucional de buena parte de la humanidad. Se le priva de la capacidad de representarse a sí misma. Se le excluye de la comunidad entre representaciones. Enmudeciéndose, se cancelan las condiciones primarias para que pueda hacerse cargo de la responsabilidad y del ejercicio de los propios derechos en la comunidad propia y en la comunidad humana. No hablemos de racismo, pues no es definitivamente el caso. Digamos que una herencia del mismo ha quedado fuertemente enquistada en la cultura y opera seriamente en el derecho. Llamémosle supremacismo, el que sustentara el colonialismo y no fuera cancelado por la descolonización. Entre nosotros, lector o lectora, nos entendemos entre palabras dañinas siempre que no tratemos de engañarnos, por supuesto. *Who has been left to tell the tale?* Ni tú ni yo, sobrevivientes y todo, testigos incluso, podemos narrar y aún menos evaluar *what comes after*, la historia postcolonial, tenlo por seguro. Nuestro trabajo puede ser a lo más el de guardar un archivo parcial, tan parcial como la justicia internacional al menos de antaño, como aquella que se decía de Comisiones Mixtas ⁽²²¹⁾.

12. *Moral del silencio y responsabilidad de la escritura.*

La lección del experimento, si sabemos extraerla, puede formularse en términos de metodología de lo más sencillo y funcional para el asunto concreto de este ensayo. Si quieres saber, lectora o lector, sobre derecho laboral, pregunta ante todo al sujeto del trabajo, a la trabajadora o al trabajador, incluso aunque sea indígena, o con más razón en este caso, pues la ignorancia de partida de la

⁽²²¹⁾ El interrogante crítico sobre *what comes after* nos lo hemos encontrado como propio de una literatura postcolonial no europea. *Who will be left to tell the tale?*, ha preguntado, como también hemos visto, T.A. ADAMI, euroaustraliano y, por lo tanto, archivero, a quien me permito parafrasear. Lo hacemos ambos de Herman MELVILLE, de la cita que encabeza el epílogo de su *Moby Dick* (1851): « And I only am escaped alone to tell thee », quien a su vez la tomaba de la Biblia, del Libro de Job (I, 16-19: « Et effugi ego solo, ut nuntiarem tibi », según la Nueva Vulgata católica: http://www.vatican.va/archive/bible/index_sp.htm), el vocativo para la novela definitivamente con minúscula, el *thee* de *tú*, de quien esté leyendo.

investigación ajena, la tuya, resulta entonces mucho mayor, tanto como inmensamente supina, me imagino, con escaso riesgo de equivocarme. Si de lo que quieres saber es de derecho internacional, aplícate igual el cuento, pues de lo mismo se trata. Pregunta a quienes han sufrido colonialismo y aún padecen sus secuelas, por así decirles. Es la misma humanidad cuyas lenguas seguramente comienzas por ignorar ⁽²²²⁾. Aun proponiéndote conocerla y ayudarla, aunque sean así otras, por humanitarias y cooperativas, tus ilusiones, la comunicación que entonces cabe por tu parte sigue siendo la colonial en pie de desigualdad. Dadas tus condiciones, no está en tu mano remediarlo ni con investigación ni con cooperación que te propongas ⁽²²³⁾. Espero no estar estereotipando al lector o lectora previsibles de estas páginas. Si tengo lectura en Guinea, le ruego, por favor, que prescinda del escatocolo y, concediéndome el beneficio de la lucidez imposible y la sinceridad inconsecuente, me disculpe por todo el resto.

Interroguemos si sabemos cómo y logramos que se nos acepte el interrogatorio. Ella o él, ellos y ellas, indígenas en África o también por otros continentes, pueden tener constancia viva de la costumbre de tracto colonial y pretensión internacional que se les aplica bajo la forma de derecho. Y tú puedes así enterarte si por lo que comienzas es por reconocer tu ignorancia. Si no cuentas, lector o lectora, con la posibilidad material o la preparación cultural para

⁽²²²⁾ En esto sigue existiendo una significativa diferencia entre antropología e historiografía a favor de la primera. Mírese la localización cultural o más en concreto lingüística de M.E. GARCÍA, *Making Indigenous Citizens*, pp. 14-17: su abuelo prohibió el quechua en casa, tras emigrar de los Andes a la costa, por habitar a la familia al uso del castellano; sus padres huyeron del Perú por reacción frente al proyecto de introducción de la enseñanza del quechua en todo el sistema educativo; ella, la nieta, bilingüe ahora en castellano y en inglés, recibe becas en Estados Unidos para estancias en Cuzco y Cochabamba a fin de aprender el quechua, pues va a ser antropóloga. Si fuera a dedicarse a la historiografía no se plantearía así de perentoria la necesidad de hacerse con una lengua de matriz no europea.

⁽²²³⁾ M. RESTALL, *Seven Myths of the Spanish Conquest*, Oxford 2003, pp. 77-99, sobre el mito colonial de la comunicación por encima de la diferencia de lenguas y el actual, en la historiografía, de la *miscommunication* con tal de no reconocerse que, entonces como ahora, funciona una interactividad de fondo todavía no discontinuo, el colonial mismo al cabo.

actuar de tal modo, el interlocutorio no supremacista, tal vez fuera mejor guardar silencio al menos como exponente de ciencia o también como receptor y transmisor de conocimiento, receptora y transmisora. Para ser cabales, importan no sólo las palabras, sino también las voces, quiero decir quién las pronuncia. Ni siquiera dejamos margen para la audición. Como se comprueba por internet, el espacio no conoce límites para el volumen y la diversidad de la comunicación, pero, aun habiendo capacidad universal de emisión, no la habría de recepción si no se le abre sitio despejándose por nuestra parte el terreno, quiero decir silenciándose nuestro vocerío ⁽²²⁴⁾.

¿Mejor, para puertas afuera de Europa, callamos entonces? ¿No sería más responsable ayudar con nuestra palabra a que se produzca la sustitución de voces? Cabría el compromiso de hablar ahora para callarse luego siempre que se preste entretanto atención a las otras voces que vienen incluso a aclarar nuestra propia historia, a despejarla ante todo de ilusiones *civilizatorias*. Sería sin embargo preferible dejarles de entrada todo el espacio. Ellas mismas, descolonizándonos, salvando nuestros más vergonzosos silencios, podrán encargarse de acallarnos para indicarnos después, sólo más tarde sobre nuevos supuestos, el lugar desde el que nos corresponde meter baza ⁽²²⁵⁾. La única buena razón para no guardar ese

⁽²²⁴⁾ Gloria MONASTERIOS, *Abya Yala en Internet. Políticas comunicativas y representaciones de identidad de organizaciones indígenas en el ciberespacio*, en Daniel MATO (ed.), *Políticas de identidades y diferencias sociales en tiempos de globalización*, Caracas 2003, pp. 303-330, bien que, aparte de limitado a un continente (Abya Yala es nombre indígena, en lengua kuna, para América), resulta obsoleto sobre la marcha por la misma fluidez del medio. No hay guía de internet que supla la experiencia de las navegaciones personales por el piélago de periplos colectivos.

⁽²²⁵⁾ Michel Rolph TROUILLOT, *Silencing the Past: Power and the Production of History*, Boston 1995; *Global Transformations: Anthropology and the Modern World*, New York 2003, p. 36: « If the reduction of North Atlantic universals also has to do with their power to silence their own history, then we need to unearth those silences, those conceptual and theoretical missing links that make them so attractive », atractivos los presuntos *universales noratlánticos*, los de matriz europea, mientras que los *links* coloniales andan *missing*, ocultas sus conexiones con el colonialismo gracias a *their power to silence their own history*, a la capacidad mantenida no exactamente a estas alturas de imponer silencio, sino de producir historiografía como actividad de provecho

silencio sería la de ejercer de portavoces, pero ¿quién lo necesita? ¿Y no ha sido esa precisamente la función más exquisitamente colonial? El colonialismo consiste en tomar sin autorización la palabra y así el derecho de gentes ante quienes no se rinden cuentas. Digamos que los recursos pueden venir por añadidura. Aquí en todo caso lo que nos interesa es el derecho.

Hay prácticas de la palabra que se acercan al límite de unas posibilidades. Se capacitan concienzudamente para el ejercicio de la interlocución. Se mueven entre lenguas como entre mundos para que todas y todos se comuniquen. Hacen acopio de testimonios; estudian a fondo antecedentes y circunstancias; reconstruyen historia; analizan presente; trazan relaciones; ofrecen reflexiones; concluyen incluso. Hay algo que no hacen. No se ponen en cuestión. No se interrogan sobre la propia necesidad de un oficio al fin y al cabo de mediación ni cuando quienes precisan manifestarse sin interposiciones están con vida. Incluso cuando se han puesto todos los medios para lograrse una interlocución y se consigue, el cortocircuito viene a producirse, si no antes, en el momento de escribirse y publicarse con nombre propio en el ajeno. Se expropia con el conocimiento la representación. Es un terreno de confluencia entre la antropología y la historiografía, más complementarias incluso en su práctica de lo que suele en la academia presumirse (226).

añadido al ya obtenido con la propia historia y así todavía, academia mediante, asegurado.

(226) M.E. GARCÍA, *Making Indigenous Citizens*, comprueba suspicacias que en medios quechuas provocan políticas humanitarias y programas educativos tanto del Estado del Perú como de agencias internacionales y de ONGs, tomando nota (p. 111: « We should be careful not to confuse activist voices with the voices of those they claim to represent »), pero en ningún momento se plantea si su propio trabajo de mediación interlocutoria como antropóloga de campo cuenta con razones para pretender la posición exenta que está de hecho presumiendo y sobre la cual, aunque algún equívoco le diera pie, se cuida de no interrogar a nadie, ni siquiera a sí misma salvo para proclamar un alto sentido de la responsabilidad, suyo y de un determinado entendimiento de la antropología (M.E. GARCÍA, *Ethnographic Responsibility and the Anthropological Endeavor: Beyond Identity Discourse*, en *Anthropological Quarterly*, 73, 2000, pp. 89-101). La encuesta antropológica se limita a la experiencia de presente, dándose por descontado que, sin archivos, no hay entre informantes conocimiento atendible del pasado. La historia así se reconstruye como historiografía también por esta antropología (M.E.

¿Caben en estas condiciones las fórmulas transitorias y cooperativas de prestar voz para que por fin se obtenga por quienes vienen siendo privados y privadas de ella? La antropología se acerca al menos a estas cuestiones del derecho ajeno, pero la historiografía, inclusive la jurídica, con su cara vuelta hacia el pasado, anda completamente de espaldas. Y no digamos de la doctrina del derecho acomodada en la inconsciencia de presumir que la diversidad cultural es indiferente a los derechos, por humanos éstos e inhumana por lo visto aquella, la multiplicidad de culturas constitutivas de humanidad. Cunde la confusión en este terreno. La provoca fundamentalmente un supremacismo empeñado en equiparar multiculturalidad constitucional y relativismo moral. Genera este maniqueo con su mismo empecinamiento por seguir entronizando como universalista una cultura en particular, la de matriz europea de tradición colonial por supuesto ⁽²²⁷⁾.

¿Hubiera hecho mejor en callarse en el pasado una doctrina jurídica toda ella colonial? ¿Equivaldría la conclusión a la injusticia retrospectiva de aplicarle exigencias anacrónicas? Se nos ha aseverado que « no sería justo aplicarle nuestros criterios políticamente correctos ». La base de derechos humanos definitoria de la historia constitucional frente al pasado y cara al futuro se diluyen para su propio tiempo y la exigencia actual de tratamiento y respeto en tér-

GARCÍA, *Making Indigenous Citizens*, pp. 63-83). Para todo ello, mal pueden en su caso contradecir unos y unas informantes a quienes, según reglas típicas de la antropología, además de reducirse a la transmisión de experiencia en bruto, se les mantiene, junto a sus comunidades, en el anonimato. Procédase de nuevo a la conveniente sustitución: « We should be careful not to confuse scholars' voices... », comenzándose por supuesto aquí con la mía.

⁽²²⁷⁾ Es el asunto de base sobre el que he reflexionado, entre referencias de literatura antropológica, jurídica e historiográfica que aquí por remisión puedo ahorrar, en B. CLAVERO, *Multiculturalismo constitucional con perdón, de veras y en frío*, en *Revista Internacional de Estudios Vascos*, 47, 2002, pp. 35-62. Me permito repetir tan sólo un caveat. Personalmente soy tan individualista como, sumados y todo, el constitucionalista RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (1977), y el internacionalista THOMAS M. FRANCK, *The Empowered Self* (1999), pero trabajosamente sobre el terreno, pues no en bibliotecas ni congresos, archivos ni museos, sedes académicas ni circuitos turísticos, he aprendido a considerar tal signo de identidad como manifestación legítima de cultura particular y no como predicado imperativo de civilización universal.

mino de dignidad humana se reducen a comportamiento *políticamente correcto*. Es un relativismo de la moral que conduce a la irresponsabilidad de la jurisprudencia, de la pretérita como de la presente, su historiografía, la jurídica, por supuesto inclusive ⁽²²⁸⁾.

Para un pasado al fin y al cabo cercano, estamos hablando de doctrina que produce Constituciones, aquellas no sólo españolas que asumen la combinación de fórmulas que cortocircuita derechos y encubre servidumbres. La escritura era constitucional y colonial a un tiempo. Si las libertades humanas se hubiesen reconocido como principios constituyentes sin materialización por escrito, habrían podido crearse condiciones para que el mismo derecho constitucional se abriera camino a lo ancho del ordenamiento sin sufrir el cortocircuito ni brindar la cobertura, para que se hubiese en concreto puesto en evidencia la inconstitucionalidad de la sujeción familiar aquende y el dominio colonial allende, todo aquello que encubría el despliegue alegre de la doctrina. Tanto normativa como discursivamente, el papel de la escritura constitucional no es históricamente el de signo constitucionalista que entonces se pretendió y hoy sigue presumiéndose. A partir del reconocimiento de los derechos de libertad, puede que hubiera sido mejor y aún lo fuera una pausa de silencio de norma y de doctrina. Dicho de otro modo, sobran la cooperación y el adoctrinamiento no tan sólo política la una y religioso el otro, sino también ambos, con todo lo que igualmente arrastran, constitucionales. El colonialismo también tuvo como tiene un rostro constitucional ⁽²²⁹⁾.

La lección de moral y responsabilidad puede con todo generalizarse. Ahí se le tiene, la del silencio nada vergonzoso por razones perfectamente, por dignas, confesables. Ya no se trataría de aquella

⁽²²⁸⁾ La cita y el argumento pertenecen, como ya nos conta, a C. PETIT, *Detrimetum Rei Publicae*, presentando el mérito al cabo de asomarse a la cuestión, aun con el handicap del relativismo moral a mi juicio, en el seno de una historiografía, la jurídica europea, que tiende a darla sencillamente por inexistente y no, como en el caso, a tenerla sumariamente por inapropiada.

⁽²²⁹⁾ Por plantearse en nuestro terreno, viene especialmente a cuento el rechazo ya citado de F. COOPER, *Decolonization and African Society: The labor question in French and British Africa*, frente a la nutrida tropa de *knowledge-bearing outsiders* con todo su irresponsable bagaje de *contradictions of universality*.

forma pretérita de silencio que habría de resultar hoy clamorosa y no acaba de serlo, el guardado por las Constituciones y por el constitucionalismo que así miraban a la reproducción del orden consuetudinario constitutivo de patriarcalismo y colonialismo. Tras la descolonización y otras reformas, al silencio colonial le ha sucedido la palabrería supremacista, no la deliberadamente política, ya en recensión, sino la inconsciente e irresponsable de las ciencias sociales, que ahora en cambio se crecen. La jurisprudencia encabeza a efectos prácticos. Lo hace mediante el sustento de una historiografía dicharachera sin conciencia de colonialismo, la jurídica de matriz europea que se cree universal. Su misma localización cultural es rasgo constitutivo. ¿Cómo va a haber conciencia en lo que se ha constituido por acción de la inconsciencia? ¿Cabe el silencio en lo que se constituye por fuerza de la palabra? Cabría al menos y resultaría tal vez por sí mismo saludable el mero intento ⁽²³⁰⁾.

Cuando hay responsabilidad en la conciencia, puede haber dignidad en el silencio. Pensemos en la referida expresión de sobrevi-

⁽²³⁰⁾ Permítaseme finalmente otra nota personal. Nadie me creería si dijera que estoy avergonzado por la cantidad de páginas que he publicado. Si añadiera como razón para dejarlo que la administración española sólo reconoce un máximo de treinta y seis años de investigación para complemento retributivo y que en mi caso los cumplo en éste del 2006, agradecería que tampoco se me creyera porque la motivación sería mezquina. Caso de que la adicción no me pudiese y así lograra guardar silencio, concédaseme que sería por otro orden de razones que tienen que ver con la vergüenza de haberme prodigado. Al final hubiera bastado con un par de libros, *Antidora* y, si llega a buen puerto, el que estoy ultimando y al que también me he referido, *El orden de los poderes*, que afronta el tándem de constitucionalismo y colonialismo. Precisamente por concentrarme a ultranza en espacio, tiempo y objeto, por limitarme a una cultura histórica de lo más excluyente, *Antidora* podía concluir abriendo unos horizontes por los que proseguí, los que se ubican culturalmente a sí mismos y de este modo cobran perspectiva para apreciar la multiplicidad entre culturas, aunque alguna diligente reseña me achacaba lo contrario, esto es que mi fascinación por la teología católica barroca estorbaba dicha misma apreciación de la diversidad cultural (Julius KIRSHNER en *Journal of Modern History*, 64, 1992, pp. 835-837). Para ejemplo de la historiografía jurídica que obra de este otro modo, entre el encantamiento y la ceguera como si Europa fuera el universo entero porque tuviera capacidad para representarlo, sin ir más lejos, B. CLAVERO, *Mayorazgo* (1974), Madrid 1989, incluso, o en mayor medida todavía, en esta segunda edición, pp. 435-473. El giro definitivo lo consumé en compañía de un santo católico: B. CLAVERO, *Beati Dictum*, también ya citado (*Dictum Beati*, en *Quaderni Storici*, 86, 1994, pp. 335-363, es versión muy resumida de objeto más circunscrito).

vir a un genocidio *to tell*, para poder testimoniarlo. Resulta sintomáticamente de uso más común para holocausto de humanidad europea que africana, como si hubiera de ser la Europa de todos los continentes y en exclusiva ella, Europa en un sentido cultural o no necesariamente geográfico, la que tuviera siempre la voz como si no hubiera tenido la responsabilidad. Aun no como en los tiempos abiertamente coloniales por supuesto, el binomio de *genocidio y justicia*, el de la necesidad imperiosa de la reparación ante evidencias de la destrucción incluso pretérita, pues no cabe en esto prescripción, sigue significativamente lastrado cuando se trata de humanidad indígena, la que ha sufrido la atrocidad del colonialismo y sufre encima postcolonialismo, las secuelas nada nimias ⁽²³¹⁾.

La moral del silencio no predica enmudecimiento. Muy al contrario, se trata de oírse las voces que se han tenido sofocadas al aplacarse el vocerío ventrílocuo que ha venido receptando réditos ⁽²³²⁾. La historiografía y la antropología, con su secuestro impenitente de la representación, prefiguran exterminio. Mejor callemos.

⁽²³¹⁾ E. BARKAN, *The Guilt of Nations*, pp. XXX-XXXIV, que también aborda el derecho a la reparación no sólo por genocidio en Europa, sino también por esclavitud y por colonialismo no menos o realmente más genocidas a lo ancho de la geografía humana, pp. 159-307; Marc GALANTER, *Righting Old Wrongs*, en M. MINOW y N.L. ROSENBLUM, *Braking the Cycles of Hatred*, pp. 107-131, sobre la discriminación presente de reconocimientos y reparaciones.

⁽²³²⁾ M. MINOW, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Boston 1998, p. 5: « Even to speak... is to pretend to negate their unspeakable qualities and effects. Yet silence is also an unacceptable offense », como principio hoy indeclinable en todo caso. Ya advertí que, de América a África, iba a seguir la línea, entre derecho e historia, historia y derecho, de *Genocidio y Justicia*.

ESTEBAN CONDE NARANJO

LIBROS DE POLICÍA, POLICÍA DE LIBROS.
ESPAÑA, 1800

Un peculiar género de literatura jurídico-política calaba, aun sin hacerlo de forma « arrolladora » (1), en la España del último tercio del siglo XVIII, mediante iniciativas editoriales forjadas a caballo entre la traducción aparentemente fiel de obras foráneas (2) y la escritura más o menos original adaptada a las peculiaridades patrias. Partiendo de la práctica local un oscuro personaje, Julián Romero y Moya (3), proyectaba algunas de las primeras muestras es-

(1) Así lo afirma Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *Las raíces ilustradas del ideario administrativo del moderantismo español*, en *De la Ilustración al liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 157-196, p. 188; el autor constata, de todos modos, « con independencia de su calidad y de su interés objetivo », la trascendencia innegable de la difusión de estos impresos.

(2) Es en la década de 1780 cuando, por ejemplo, se prosigue o inicia, como veremos, la recepción en castellano de las *Instituciones* de Bielfeld; asimismo, en 1784 Puig y Gelabert publicaba los *Elementos generales de Policía*, de Von Justi. GONZÁLEZ ALONSO, *Las raíces ilustradas del ideario administrativo*, cit., p. 188.

(3) Constan en el Archivo Histórico Nacional de Madrid (AHN) al menos tres proyectos consecutivos y frustrados de Romero. En 1781 pretendía imprimir unos *Discursos morales y políticos sobre el derecho natural y obligaciones que de el resultan al hombre como cristiano*, cuya censura correspondió a los catedráticos de los Reales Estudios de San Isidro, quienes no vieron en la obra sino un conjunto de « lugares comunes » tratados sin estilo ni orden; aunque pudiera servir para divulgar en lengua común esos conocimientos, el Consejo denegó la licencia (AHN, Consejos, 5546-20). En 1785 presentaba unas *Lecciones de Policía, dispuestas en forma de Cartas*, que encontraron la oposición de la Academia de Jurisprudencia Práctica de la Concepción, quedando truncado el expediente (AHN, Consejos, 5550-66). Por último, en 1789 solicitaba, con

pañolas de la ciencia de la Policía ⁽⁴⁾, notoriamente ligadas a determinados cargos por él desempeñados: en la década de 1780 era corregidor en Medinaceli y en la Puebla de Don Gonzalo, así como alcalde mayor de la Villa de Aguilar y de Zafra. A pesar de que halló en sus pretensiones literarias más oposición que apoyo, logró rozar con la punta de los dedos, y a través de la recomendación de personas del particular cariño del Conde de Floridablanca, las más altas instancias del poder. No dudó precisamente en presentar ante éstas su escritura como el fruto de una actividad periférica, precaria en medios e instrucción, mas fundamental en el gobierno de la Monarquía:

« Mi suerte me destinó a servir varas de Alcalde Mayor en la casa del Duque de Medina Celi; y en catorce años que estoi en este exercicio no he dejado de trabajar bastante a favor del publico estableciendo fabricas, fomentando la industria, y siguiendo en quanto me ha sido posible las piadosas intenciones y maximas de los que felizmente nos gobiernan [...] al mismo tiempo he procurado aplicarme al estudio del Derecho natural público ⁽⁵⁾ [...] aunque me han faltado medios y proporciones para adquirir buenos libros, é facilitado algunos mui apreciables i oportunos. Con sus luces y con las noticias que me á ofrecido una coleccion de nuestras

similar falta de éxito, la licencia de impresión para dos tomos sobre el *Origen de las Leyes y Coleccion de los Elementos de Derecho natural, de gentes, del civil, publico y politico colocados segun el orden natural*; el último trámite del que queda rastro es la remisión a censura de Manuel de Lardizábal (AHN, Consejos, 5555-34).

⁽⁴⁾ Dejo a un lado otros escritos en los que más vagamente se venía delineando, desde mucho antes, la gestión por parte del poder de personas y cosas; la novedad residía ahora en la ambición, especificidad y coincidencia de una destacable serie de escritos similares. Sempere y Guarinos, cronista del saber impreso de su tiempo, no dudaba en subrayar el « descuido con que generalmente se miraba aquella ciencia » de la economía política en el siglo XVII, tan difundida en cambio, bajo diversos nombres, en el siglo ilustrado; *Ensayo de una biblioteca de los mejores escritores del reinado de Carlos III. Por D. Juan Sempere y Guarinos, Abogado de los Reales Consejos, Socio de Mérito de la Real Sociedad Económica de Madrid, y Secretario de la Casa y Estados del Excmo. Señor Marques de Villena*, I-VI, Madrid, Imprenta Real, 1785-1789 (edición facsímil en Madrid, Gredos, Biblioteca Románica Hispánica, 1969), II (1785), pp. 92-93.

⁽⁵⁾ Carta de Romero y Moya a Floridablanca, desde Zafra, a 11 de enero de 1788; AHN, Estado, 3246-28.

Cortes, boi arreglando con mas seguridad y conocimiento el sistema de la legislacion unibersal [...]. Hé principiado a trabajar el ramo de la legislacion publica politica, en el que procurare descubrir quales son los mejores medios para conserbar el orden de la sociedad con relacion a las leyes fundamentales de nuestro gobierno, al genio de la Nacion, disposicion y proporciones de su suelo. Para ello descubrir el primitibo origen de la decadencia de la agricultura, poblacion, artes, fabricas y comercio, manifestando los oportunos medios que se han tomado en este Reynado para su restablecimiento, y algunos otros que todabia se podian aplicar » (6).

Sus sucesivas solicitudes resultaron infructuosas, acaso demasiado torpes, como su heterodoxa ortografía, para acceder a la imprenta, mas son en sí representativas del calado de un impulso centrífugo, de un estímulo que, en efecto, trataba de despertar reflejos como éstos, aunque no nos sirvan, desde luego, para trazar una historia de la literatura proto-administrativa.

Sí resulta ineludible para ese relato, en cambio, la difusión en España de los escritos de Adam Smith, cuya *Investigacion de la naturaleza y causas de la riqueza de las Naciones* apareció en castellano de la mano del abogado José Alonso Ortiz (7) en 1794. Aceptó el ministro Godoy que el impreso le fuera dedicado, « deseando que se estiendan por la Nacion los mas solidos conocimientos de economia civil, para que ayuden y faciliten las beneficas intenciones del Rey acerca de la felicidad y prosperidad de sus vasallos » (8).

(6) Carta de Romero y Moya a Floridablanca, desde Zafra, a 19 de febrero de 1788; AHN, Estado, 3246-28.

(7) Graduado en Granada, pasó luego a la Chancillería de Valladolid y finalmente a Madrid; en su relación de méritos no dudó en incluir los literarios, básicamente traducciones del inglés que comprendían, además del texto de Smith, parte de las obras de Ossian o los « trece tomos en quarto de la Historia de los Santos Padres, y otros escritores de la Iglesia, con curiosas notas historicas, y de erudicion sagrada y profana [...] del celebre Albano Butler »; AHN, Estado, 3244. La iniciativa de Ortiz parecía más ambiciosa que la pequeña tirada que dos años antes se había efectuado de la misma obra de Smith, traducida en aquella ocasión por el Oficial de Estado Carlos Martínez de Irujo; AHN, Consejos, 11.279-87.

(8) Minuta de respuesta, a 4 de noviembre de 1793; AHN, Estado, 3244. La expresión final es, desde luego, tan propia del lenguaje político, privado o impreso, de la ilustración española como del propio Smith y su aspiración a « the maximization of hu-

Parecen también relevantes las *Instituciones políticas del Baron de Bielfeld* que, en tres partes y seis tomos, dio a la luz pública entre 1768 y 1800 Domingo de la Torre y Mollinedo. La demora que experimentó la publicación no es atribuible, desde luego, a su tramitación ante el Consejo de Castilla: el alto tribunal, encargado de la censura previa de todo texto destinado a la imprenta, sometió el examen de esta traducción a Francisco de la Fuente, Capellán Mayor del convento de Carmelitas Descalzas ⁽⁹⁾, o del Vicario Eclesiástico de Madrid, Juan Bautista Ezpeleta ⁽¹⁰⁾, cuyos informes, breves e inmediatos, apenas se limitaron a certificar la exactitud de la versión castellana o, en términos muy genéricos, la importancia de los asuntos y la solidez de su tratamiento.

En 1801 la utilidad de las *Instituciones* ya parecía haber disminuido, pese a su « mérito universalmente conocido », por « los sucesos acaecidos en Europa » y « los muchos conocimientos que después de él se han adquirido en la política » ⁽¹¹⁾. Arrancaba pronto la publicación, quedó luego paralizada y concluyó tal vez demasiado tarde, cuando otros títulos y sobre todo otras estrategias editoriales habían tomado el relevo.

En efecto, el protagonismo en el cambio de siglo parecía corresponder ya al caballero alavés Valentín Tadeo de Foronda (1751-1821) ⁽¹²⁾. Había abordado también éste la traducción de Biel-

man happiness » a través de la « police » o « regulation of the inferior parts of government »; T.D. CAMPBELL, I.S. ROSS, *The Utilitarian of Adam Smith's Policy Advice*, en « Journal of the History of Ideas », 42, 1981, 1, pp. 73-92, p. 73.

⁽⁹⁾ Probablemente fue De la Fuente censor de los cinco primeros tomos; AHN, Consejos, 5532 (II)-22 y 5545-65.

⁽¹⁰⁾ Éste revisó el sexto y último tomo; AHN, 5545-65.

⁽¹¹⁾ Reseña (entre las « obras nuevas ») referida al sexto tomo de la obra de Bielfeld, en *Memorial literario. Biblioteca periódica de ciencias y artes*, I (1801), Biblioteca Nacional de Madrid (BN), Rev. micro-132, p. 25.

⁽¹²⁾ Vid. José Manuel BARRENECHEA, *Valentín de Foronda, reformador y economista ilustrado*, Vitoria, Diputación Foral de Álava, 1984, y Manuel BENAVIDES, Cristina ROLLÁN, *Valentín de Foronda: los sueños de la razón*, Madrid, Editora Nacional (Biblioteca de Visionarios, Heterodoxos y Marginados, segunda serie, 28), 1984. En ambos casos, y con evidente coincidencia temporal, un amplio estudio bio-bibliográfico precede al « apéndice documental ». Cabe destacar la oscuridad que envuelve la formación inicial del personaje retratado, luego rápidamente vinculado a elementos clave en la se-

feld (13), aunque finalmente se limitó a imprimir en Francia una versión parcial y ciertamente modificada del original (14), recomendada desde el prólogo no ya « por su volumen », virtud de tiempos pasados, sino « por el juicio, erudición, y buena logica » existentes en ella, propios del « siglo filosofico » y tan necesarios, cual « antorcha », para iluminar a los lectores jóvenes y modernos. A éstos se dirige especialmente Foronda cuando ofrece « ideas y conocimientos utiles » que permitan « hablar con acierto de los intereses de los Príncipes, y entender á fondo las Gacetas » y « los asuntos de Estado, el objeto favorito de las conversaciones del momento »; mas también a ellos encamina su libro plagado de notas, dice el traductor 'infiel', por el « deseo ardiente que tengo de vindicar á mi Nacion en varios puntos en que le hace poco favor el Baron de Bielfeld » (15).

Resulta aún más significativo el desarrollo de una literatura aparentemente menor mas dotada, al fin y al cabo, de una agilidad de la que las voluminosas *Instituciones* podían carecer. El estilo epistolar adoptado en esos años por Foronda pretendía, como las publicaciones periódicas (16), una circulación impensable para

gunda mitad del siglo XVIII: la Real Sociedad Vascongada de Amigos del País, el Banco de San Carlos o la Compañía de Filipinas.

(13) De ahí que entrara en directa colisión, en 1781, con el plan que De la Torre había iniciado años atrás; AHN, Consejos, 5546-86.

(14) *Instituciones Políticas. Obra en que se trata de los Reynos de Portugal, y España, de su situación local, de sus posesiones, de sus vecinos, y límites, de su clima, y producciones, de sus manufacturas, y fábricas, de su Comercio, de los habitantes, y de su número, de la nobleza, de la forma de su gobierno, de sus Departamentos, del Soberano, y de sus Titulos, y en que se fundan: de la sucesión al Trono, de sus Exercitos, y Marina, de sus Rentas, de la política general de cada Corte, y de la política particular para con otras Potencias. Escrita en idioma francés por el Varón de Bielfeld. Y traducida al castellano aumentada de muchas notas por Don Valentín de Foronda*, Burdeos, Casa de Francisco Mor, 1781. He manejado el ejemplar BN, 2/67945.

(15) Las citas provienen de los paratextos que preceden al cuerpo de las *Instituciones Políticas*, cit., pp. III-VIII. Las notas « del Traductor », « necesarias » o de « puro adorno », aparecen al pie de toda expresión negativa u oscura de Bielfeld; sólo en una ocasión parece ceder Foronda, admitiendo « lleno de rubor [...] la pobreza literaria en España » y « los pocos libros eruditos que salen en España á reserva de los Theológicos, Ascéticos y Juristas »; *ibidem*, pp. 69-70.

(16) De hecho, sabemos de un diario proyectado por el propio Foronda que, con

obras de mayor extensión; concretaba una cierta asimilación española de principios extranjeros que, bajo esa forma abreviada y amena, solicitaban la receptividad general. Al margen de su eventual mediocridad, constituía el vehículo de un pensamiento « extraño » que ciertos denunciantes recelosos no dudaban en asimilar al de Filangieri, también esparcido en « estilo brillante, y libre » (17).

Unas *Cartas sobre los asuntos mas exquisitos de la Economía política* vieron pronto la luz: entre 1788 y 1790 aparecieron en el *Esíritu de los mejores diarios* (18), digno recipiente para la difusión deseada, periódico de agitada vida (19) pero que por entonces corría « con aceptación por las noticias que contiene » (20). Eran sus asuntos esencialmente transfronterizos, idóneos para coexistir con aquella « economía política » de valía universal mas tono hispánico;

el título de *Humanidad*, perseguía « minorar los males que afligen a los Españoles, suavizar sus penas, socorrer á los indigentes, destruir la mendicidad, mejorar la prisiones, perfeccionar los Hospitales [...] aniquilar los germenes de los crímenes ahogando el espíritu de olgazaneria, é inspirando el amor al trabajo: en una palabra mejorar la suerte de sus vasallos, y enriquecer la Nacion ». La idea, presentada en noviembre de 1799 en la Secretaría de Estado, no prosperó; AHN, Estado, 3238-16.

(17) Así lo hacía el abogado asturiano Pedro Canel, que en enero de 1793 se dirigía en estos términos a Godoy: « [...] ha tomado, y toma tanto sequito el Filangieri en España, que muy breve se verán instruidos en sus sentimientos las mas reducidas poblaciones, pues ya los escritos nacionales adoptaron un modo de pensar tan extraño, como lo demuestran las cartas de Don Valentin Foronda, y otros impresos de igual temple ». AHN, Consejos, 5559-99.

(18) *Esíritu de los mejores diarios literarios que se publican en Europa. Dedicado a los literatos y curiosos de España. Que contiene las principales noticias que ocurren en las Ciencias, Artes, Literatura y Comercio; varias anécdotas curiosas, el anuncio de las obras que se publican, las invenciones que se hacen y los adelantamientos de las Ciencias*, Madrid, Antonio Espinosa, 1787-1791. Vid. Francisco AGUILAR PIÑAL, *La prensa española del siglo XVIII. Diarios, revistas y pronósticos*, Madrid, CSIC (Cuadernos Bibliográficos, 35), 1978, p. 33.

(19) Obtuvo la licencia de impresión y el privilegio de 10 años correspondiente en 1787 (AHN, Consejos, 5553-101), mas un año después ya era germen de quejas y sospechas (AHN, Consejos, 5554-56); fue como tantos otros periódicos suprimido en febrero de 1791, aunque su editor, Cristóbal Cladera, trató de obtener en 1792 el permiso del Consejo para reanudar la publicación (AHN, Consejos, 5558-102).

(20) Son palabras del propio fiscal del Consejo en 1789; AHN, Consejos, 5555-84.

y era su forma, volátil y reiterada, la que parecía adecuarse, como en otros papeles coetáneos ⁽²¹⁾, a novedosos ramos del saber.

Esas primeras *Cartas* de Foronda serían impresas separadamente poco después, en dos tomos en cuarto ⁽²²⁾. Dado que las licencias para su publicación en el periódico habían sido concedidas por el Juez de Imprentas y la nueva edición exenta incorporaba « algunas pequeñas adiciones y enmiendas », también la corrección de erratas, fue necesario obtener una autorización específica, ahora concedida por el Consejo ⁽²³⁾ tras la sucinta censura del agustino Juan Fernandez de Rojas en marzo de 1794.

Si en esos precedentes epistolares Foronda coqueteaba con una suerte de liberalismo económico que minimizaba la acción gubernativa ⁽²⁴⁾, ésta se desplegaría sin pudor en el siguiente paso de su carrera literaria: unas *Cartas sobre la policía*, algunas de ellas todavía inéditas, otras impresas anteriormente en el *Diario de Salaman-*

⁽²¹⁾ Es el caso del periódico vallisoletano por excelencia, el *Diario Pinciano Histórico, Literario, Civil [o Legal], Político y Económico* que con la licencia de Florida-blanca empezó a publicar semanalmente, a partir de febrero de 1787, José Mariano Beristain, Catedrático de Teología en la Universidad de Valladolid. En el « Plan » del *Diario* se anunciaba la convivencia de materiales pertinentes a nuestro asunto: no sólo habría de incluir una « parte Civil », con la « noticia exacta de los Pleitos y Causas dignas de atención, que en las Salas de la Real Chancillería se relacionen, vean y sentencien », sino que « en lo Político » figurarían « los acuerdos, providencias y progresos de la Real Junta de Policía de esta Ciudad, el estado de los Reales Hospitales », etc. AHN, Estado, 3235-12.

⁽²²⁾ *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la Economía-Política, y sobre las leyes Criminales: escritas por D. Valentín de Foronda, de la Real Academia de Ciencias y Bellas Artes de Burdeos*, I-II, Madrid, Imprenta de Manuel González, 1789-1794. Manejo los ejemplares BN, 3/58532-33.

⁽²³⁾ AHN, Consejos, 5560(I)-52.

⁽²⁴⁾ De todos modos, es presencia tímida, pues las escasas afirmaciones rotundas (« puede uno hacer todo aquello que no viole estos sagrados derechos », propiedad, libertad y seguridad, evitando el dejarse « deslumbrar de las voces bien público, bien general, y otras de esta naturaleza que hacen mucho ruido », *Cartas sobre los asuntos más exquisitos*, cit., I, p. 19) quedaban diluidas por expresiones vecinas, como las referidas a « la uniformidad que debe observarse dentro de un mismo Reyno en medidas, pesos, monedas é idioma » (*Ibidem*, II, pp. 3-20) o las que, al reflexionar « Sobre las leyes criminales » (*Ibidem*, II, pp. 181-206), concluían aconsejando la más atenta vigilancia para la prevención de delitos.

ca (25), que llegaban al Consejo de Castilla (26) en febrero de 1801. La obra fue objeto de una doble censura: la del Vicario Eclesiástico, que recomendó brevemente su utilidad mas también la omisión de ciertos pasajes tachados, y la de la Real Sociedad Económica de Amigos del País de Madrid. Este segundo informe resultó bastante más extenso, pese a no apreciarse en las *Cartas* reparo alguno; por el contrario, destacaba la inclusión de « algunas ideas utiles que pueden excitar el celo de los Magistrados para la mayor comodidad, aseo, y abastecimiento de los Pueblos », y que en cierto modo venían a « aumentar algunos conocimientos a los que en sus instituciones políticas publicó el Baron de Bielfed y que traducidas en Castellano se han impreso en estos ultimos años ». Mas resultaba también digno de mención el modo en que Foronda había adquirido esos conocimientos, « practicamente en sus viages á Ynglaterra, Francia e Ytalia »; era una visión inmediata de los saberes lejanos la que, en un tomito en octavo, por ocho o diez reales (27), había de circular ese mismo año por los pueblos de España.

Entre la tareas propias del censor se incluía también la de extractar el contenido de los textos revisados para ofrecer así al Consejo una síntesis representativa de los mismos. En este caso el resumen daba cuenta de la amplitud del asunto tratado:

« dichas Cartas tratan en general de la policia de los Pueblos, y en particular despues de la primera que es la introduccion de la salud publica, de la provision de viveres, de las diversiones, y comodidades, de la seguridad de las propiedades, y tranquilidad de cada uno, y sobre el Comercio, a que añade una sobre la igualdad de los entendimientos ».

Poco debe sorprendernos la ambición del objeto. Pese al aire fingido de la trama, en la que al Príncipe de una imaginaria ínsula

(25) Esta publicación había iniciado su andadura en 1791. AGUILAR PIÑAL, *La prensa española*, cit., p. 47.

(26) AHN, Consejos, 5564-58. Obtuvo la licencia de impresión en el mes de abril, y en julio le fue concedido el privilegio exclusivo de diez años.

(27) Según fueran encuadernadas en rústica o en pasta, respectivamente; son datos que, como en tantas otras reseñas, daba de estas *Cartas sobre la policia, por Don Valentín de Foronda*, en una específica — aunque intermitente — sección de « Policía », el *Memorial literario*, cit., VI (1801), pp. 194-199.

llamada Barataria daba el autor « algunas reglas de buen gobierno », era éste un texto expresamente destinado a unos « magistrados » en continuo reciclaje al compás de un Estado en plena expansión.

Un censor oficioso, lector entre lectores de una esfera ya pública, lamentó la inclusión en estas *Cartas* de « menudencias que pocas veces habrán llamado la atención de los buenos escritores de policía, y que sería mejor el omitirlas », y deseaba « mas gusto y discernimiento [...] mas cuidado en el estilo y language [...] ». Pero al mismo tiempo no podía dejar de constatar « el zelo ilustrado de su autor, y la constancia con que en varias obras, prosigue extendiendo conocimientos dirigidos á la prosperidad é ilustracion nacional ». No dudaba tampoco en incluir al final de su reseña una « Noticia de las principales obras del Autor que se hallan de venta donde la anterior », esto es, en la librería de la viuda de Cerro, red de San Luis, así como en la de Escribano, calle de las Carretas ⁽²⁸⁾.

En las siete cartas publicadas ⁽²⁹⁾ había cabida para la variedad de ingredientes que componían la « policía », fruto asimismo de una notable intertextualidad ⁽³⁰⁾. Se adelgazaba toda esa compleji-

⁽²⁸⁾ *Memorial literario*, cit., VI (1801), p. 199.

⁽²⁹⁾ Sigo el ejemplar de las *Cartas sobre la policía*. Por Don Valentin de Foronda. Con licencia. Madrid: en la imprenta de Cano. Año de 1801, Biblioteca Universitaria de Sevilla, 310/230. Parece idéntico el BN, 1-935.

⁽³⁰⁾ Foronda señalaba ya en la dedicatoria no paginada de la obra (« Al Excmo. Señor Don Pedro Cevallos, Consejero de Estado de SM » y « Primer Secretario de Estado y del Despacho Universal ») algunas de sus referencias textuales: « A pesar de la necesidad absoluta de las obras de policía, son éstas muy raras en toda Europa, y no han llegado a mi noticia sino la de De la Mare, que es la más voluminosa y también la más indigesta; la del Presidente de Vitri, que es poco interesante; la de Wiefeld [sic], que tiene algún mérito; y la Enciclopedia metódica, en la cual se encuentran cosas excelentísimas que he procurado copiar ». Resulta desde luego curiosa la inclusión en el elenco de obras básicas de policía de la *Enciclopedia metódica*, publicación que Pancoucke trató de introducir en España a través de la señora Chasserot a partir de 1782 (AHN, Estado, 3245-I); la iniciativa fue sin embargo inmediatamente acaparada, con el beneplácito del Monarca y mediante traducción y selección de volúmenes, por el librero madrileño Antonio Sancha (AHN, Consejos, 5546-132). Pero es también importante destacar que a lo largo de las *Cartas* encontraban su espacio las referencias a otros textos más cercanos, desde los primeros esfuerzos ‘ilustradores’ de Feijoo o Piquer hasta los del propio autor: la *Lógica de Condillac puesta en diálogo por D. Valentin de*

dad hasta construir un discurso mínimo destinado efectivamente a la divulgación masiva, en pequeño formato y escaso precio: entre sus primeras afirmaciones estaba la de que « los Soberanos no deben tener otra diversion que el dulce y delicioso estudio de hacer felices á sus vasallos »⁽³¹⁾, observación y actuación paternas extendidas más allá de los muros domésticos, punto de partida para páginas llenas de propuestas fuertemente intervencionistas, de prohibiciones y obligaciones pero, sobre todo, de más y más « cuidados », saberes y técnicas que pasaban a formar parte de una suerte de nueva 'enciclopedia de Estado'. Era ofrecida la imagen de un Monarca provisto « de tantos ojos como Argos »⁽³²⁾, presente « en todas partes como Dios, pero sin verse »⁽³³⁾, al tiempo que dinámico, de actividad creciente: ni su visión ni su actuación debían conocer barreras o discrepancia⁽³⁴⁾.

Se clausuraba la obrita con un provocador epígrafe, enrevesado argumento para probar que « todos los entendimientos son iguales »⁽³⁵⁾; mas parece que no se trataba sino del enésimo pretexto

Foronda, Madrid, González, 1794 (con « segunda edición » en 1800), las *Memorias leídas en la Real Academia de las Ciencias de París sobre la edificación de hospitales, y traducidas al castellano por V. de Foronda*, Madrid, González, 1793, o « un papelito que regalé al Público en el año de 1790 [sobre] el método que aconseja Morveau » para la desinfección de « parajes emponzoñados ».

⁽³¹⁾ « Carta II. Sobre la salud pública [...]. Bergara y julio 20 de 1793 »; *ibidem*, pp. 11-51, p. 11.

⁽³²⁾ « Carta V. Sobre la seguridad de las personas y bienes [...] Vitoria y Abril 24 de 1800 », *ibidem*, pp. 109-158, p. 114. Debo señalar que, pese a que esta parte es la dedicada precisamente al mantenimiento del orden público, es decir, a cuanto caracterizará a la futura « policía » de dimensiones reducidas, sigue en ella primando la prevención — y la educación — sobre el castigo y persecución del daño cometido.

⁽³³⁾ « Carta IV. Sobre calles, paseos, cafés [...]. Vitoria Febrero 12 de 1800 », *ibidem*, pp. 65-108, p. 81.

⁽³⁴⁾ Pese a la recurrente invocación de la reflexión científica y la duda, de la búsqueda colectiva de la verdad, es innegable la paradójica aceptación de la docilidad, también por parte del escritor público: el filósofo moderno es en palabras de Foronda, que una y otra vez renuncia explícitamente a rozar con sus comentarios críticos a la actualidad, el que « analiza los pensamientos » mas también y ante todo « el que respeta y obedece las leyes »; *ibidem*, p. 108.

⁽³⁵⁾ « Carta VII. Sobre que todos los entendimientos son iguales [...]. Vitoria y Agosto 20 de 1800 »; *ibidem*, pp. 174-212. La propuesta obtuvo reacciones inmediatas:

para afirmar la centralidad estratégica de la « educación » (« no somos realmente sino el producto de la educación ») ⁽³⁶⁾, de esa « agricultura del espíritu » confiada a los « gobiernos », supremos « factores de los grandes entendimientos ». Aunque no específicamente desarrollada por Foronda, tal vez por hallarse entrecruzada con otras muchas líneas de actuación, tal vez por merecer la máxima prudencia y sigilo, la policía del libro, desarrollada sobre y a través del impreso, se encarnaba en su escritura, que era vehículo y víctima de esa misma intervención. Las propuestas referidas aparentemente sólo a alimentos ⁽³⁷⁾ o medicinas ⁽³⁸⁾ quedaban metafó-

el abogado Simón de Viegas, prolífico escritor de la época, solicitaba al Consejo en mayo de 1801 licencia para imprimir una *Carta á Don Valentin Foronda con motivo de otra de este en que dice que todos los entendimientos son iguales*. Fue rápidamente autorizada la impresión, tras el informe del bibliotecario real, Pedro Silva: para éste, era útil el escrito de Viegas porque « las continuas reflexiones de los hombres doctos y profundos, y sus mismas disputas, han producido conocidísimas ventajas en las ciencias especulativas y en el modo de tratarlas ». AHN, Consejos, 5564-65.

⁽³⁶⁾ *Ibidem*, p. 212.

⁽³⁷⁾ « Vmd. no puede permitir se vendan venenos, ó viandas malsanas; pero [...] las carnes y pescados pasados no perjudicando á la salud, sino al paladar, pueden dexarse á los pobres para que llenen su estómago por poco dinero », « Carta II. Sobre la salud pública », cit., pp. 26-27. Tales consideraciones remiten necesariamente a las que se desarrollaban frecuentemente en la intimidad de las Secretarías o del Consejo. Así, en mayo de 1788 el presbítero Antonio Torres, consultado por Floridablanca, desaconsejaba la impresión de un papel titulado *El Duende de Madrid*, inadecuado tanto en la forma como en el fondo: « Estos conocimientos que nunca pueden ser solidos y methodicos en el pueblo le harian insolente, temerario y rebelde [...]. Sin que esto sea conservarlo en ignorancia: de lo que aparentan dolerse los superficiales politicos, pues no se le oculta al pueblo sino lo que le puede dañar, y se le instruye en las necesarias verdades que le han de aprovechar. Como no se diria que le matan de hambre al que le dan sanos y abundantes manjares, y le esconden los venenosos, ó los que le pueden hacer mal, segun su complecion »; AHN, Estado, 3248.

⁽³⁸⁾ Así lo exponía Foronda en su anterior obra: « de ningun modo intentarìa ponerlas [las nuevas ideas] de un golpe, sino paulatinamente, imitando la conducta de aquellos juiciosos médicos, que quando tienen que curar un cuerpo corrompido, no pretenden sanarlo con remedios violentos ni repentinos, sino que empiezan su curacion purificándole la masa de la sangre, lo que no es obra de una semana: que así comenzaria procurando mudar insensiblemente las ideas del pueblo por medio de su ilustracion, á lo que seria consiguiente el triunfo de mis proyectos »; « segundo prólogo », no paginado, a las *Cartas sobre los asuntos más exquisitos*, cit.

ricamente ligadas a los textos, a menudo caracterizados como enfermedad o vacuna, como veneno o antídoto.

En efecto, las obras de Foronda servían a la vulgarización y propaganda de una incisiva acción de gobierno porque precisamente eran objeto de la mirada del Rey-Argos. Es hoy rastreable el contacto que entre 1799 y 1802 mantuvo con la Secretaría de Estado, encabezada sucesivamente por los ministros Mariano Urquijo y Pedro de Cevallos⁽³⁹⁾. La comunicación en esos años fue intensa e íntima; a las reuniones en Aranjuez se sumaba un tira y afloja epistolar en el que se infiltraban terceros a favor o en contra del compromiso del poder político en la confección del discurso público. Aunque algunas de sus pretensiones no prosperaron⁽⁴⁰⁾, el mismo celo demostrado a ojos del poder alentaba, en definitiva, la carrera profesional y literaria de Foronda⁽⁴¹⁾, ambas indisolublemente unidas, y condujo, finalmente, a un encargo específico de notorio éxito: la *Colección de maxims preceptos y consejos para los Señores Yntendentes Corregidores y Alcaldes*. No debía ser ésta sino la culminación de toda esa práctica discursiva ya ensayada y parcialmente difundida, dirigida ahora a quienes de modo más inmediato debían imbuirse de ella. El escritor se limitó a adaptar sus cartas anteriores, alterando la disposición de las materias y condensando aún más el estilo, siempre de acuerdo con las estrechísimas instrucciones que el ministro Cevallos le iba indicando oralmente. Es elocuente muestra de esa sigilosa coautoría la misiva con la que remitió finalmente los resultados, el 18 de julio de 1801 desde Vitoria:

« No sé si habré llenado la hermosa idea de VE, que cada día me parece mas justa; pues los puntos que trataba en mis cartas ba-

⁽³⁹⁾ AHN, Estado, 3238-16.

⁽⁴⁰⁾ No mereció el apoyo oficial la *Carta de Don Valentin de Foronda en que se prueba que las deudas de España son infinitamente mas pequeñas que las de la Ynglaterra, que tenemos tantos recursos para pagar nuestra deuda, y que por consiguiente la Gran Bretaña es pobre respecto de la España*, fechada en Vitoria a 24 de julio de 1801, y que se conserva manuscrita en el expediente citado; parece, de todos modos, que Foronda, además de enviar 36 ejemplares a Cevallos, 12 de ellos destinados a la familia real, ya había « repartido gratis » su « papelito ».

⁽⁴¹⁾ Tras lamentarse por el « estado calamitoso » en que se hallaba, e insistir en que se le tuviera presente para mejorar su destino, en abril de 1802 era ya « Consul general de SM en Filadelfia ».

liendome de la libertad, que concede el estilo epistolar estaban enredados, y no guardaban una serie metodica, como en esta obrita en que reuno baxo de cada articulo todo lo que tiene alguna relacion inmediata; asi he trastornado todo el edificio, colocando lo que estaba al pie en el remate, y lo de enmedio, parte al pie, y parte al remate. Tambien he cambiado el orden de los asuntos. En las cartas empezaba por la salud; seguian los viveres; despues entraban las diversiones, y comodidades, la seguridad personal, y propiedad, y la industria y el comercio. Ahora está trocado el quadro. En la primera seccion trato de la provision de los viveres, pues el hombre lo primero que solicita es comer: satisfecha esta necesidad quiere conservar su salud; asi coloco en la 2^a lo relativo á este objeto. Despues de asegurar su alimento y su salud aspira a la seguridad de su persona y de sus bienes; por consiguiente hablo en la 3^a de esta importante materia. Ynmediatamente se le excitan los deseos de enriquecerse, lo que se logra por medio de la agricultura, de la industria, del trafico, y por tanto toco estos puntos en la 4^a. Ultimamente anela las comodidades, las diversiones, por lo que me propongo este asunto en la 5^a. Me parece que soy bastante laconico en lo general: alguna vez me he extendido un poco por hermosear la idea, pero creo que no compondran quatro paginas las palabras sobrantes. Tal vez me equivocaré. VE será el Juez, y verá, que si divide todas las lineas entre los preceptos y consejos no resulta un quociente de 3 lineas por cada uno de ellos. Por esta razon quando he llegado á las secciones del trafico, y de las comodidades publicas he suspendido la tabla y me he ceñido á poner las cabezas de los articulos solamente, para que VE vea si he llenado sus ideas. Muchas veces he dado el precepto seco, porque su claridad no necesita de otro apoyo: otras, le he pertrechado de razones: algunas, expongo mi dictamen sobre lo conveniente, que seria hacer tal, y tal cosa, pero no hablo en tono asertivo; otras aconsejo que se procure poner en execucion varias providencias, y por esto titulo *preceptos, maximas y consejos* á esta obrita no separandome en nada del plan que se sirvio indicarme VE en Aranjuez. Ahora solo resta Excmo. Señor, que VE se digne de presentar mis tareas á SM y si fuese tan feliz que las apruebe, inmediatamente las imprimiré a mi costa, y pondré á los pies de mi Rey y Señor mil exemplares, para que se puedan distribuir con su Real permiso entre los Corregidores, e

Yntendentes, á quienes les será tan agradable recibir la obra gratis, como doloroso gastar dinero en su compra. Lo que importa Exmo. señor es hacer el bien. Que lean mis consejos, y que procuren ponerlos en planta. A esto se cifran mis deseos. El sacrificio que tengo que hacer á pesar de las borrascas que han sufrido mis mayorazgos de ningun modo me arredra. El Granadero que se acobarda por haber sido erido en el asalto de una plaza, puede dexar su oficio. Del mismo modo, el basallo que no sabe á pesar de sus desgracias hacer sacrificios por su Rey debe der borrado de la lista de sus buenos servidores. Que el Rey quede contento de mis tareas, que lo quede el filosofo, y justo Cevallos, y mi ambicion quedará recompensada ».

Aprovechaba Foronda la ocasión para ofrendar al monarca una encuadernación en tafilete de sus *Cartas sobre la policía*. En abril de 1802 enviaba al Secretario de Estado los mil ejemplares prometidos de la *Colección de maximas*, seiscientos de los cuales fueron remitidos al Gobernador del Consejo para que los distribuyese entre sus receptores naturales, acaso poseedores de sólo unos pocos libros, tal vez propensos a una lectura intensiva, minuciosa y devota.

Apenas un mes después, el corregidor de León, Orencio Antonio de Santolaria y Ramírez, tras haber recibido el correspondiente ejemplar, solicitaba a Cevallos la autorización para hacer reimprimir el texto y hacerlo así llegar a los « nueveientos cinquenta y nueve Pueblos » que componían su distrito. La propuesta fue contemplada como un « util pensamiento » cuya ejecución, sin embargo, fue encomendada, en septiembre de 1802, a un cuerpo con el que, se decía, tenía « una estrecha analogia »: la Real Sociedad Económica de Oviedo.

Foronda es así y a un tiempo productor de libros de policía y producto de la policía del libro, protegido y vigilado por un enrevesado haz de mecanismos de fomento y prevención que, en su concreción específicamente literaria considera esencial el ejercicio de la censura previa mas no se limita a ese momento inicial en el que el escrito pretende acceder a las prensas, ni constituye una simple actuación denegadora, meramente prohibitiva (42). La obli-

(42) El propio término « censura » aparece revestido de una carga destructiva

gada obtención de una licencia de impresión, que había nacido prácticamente con la misma imprenta y que aparecía ya en el siglo XVIII formalmente centralizada por el Consejo de Castilla, representa sólo el nudo más evidente de una red visual e interventora que se anticipa a la misma labor de escritura y se prolonga con su propagación y venta, que se dilata para atender a estilos y materias, para atrapar a corporaciones e individuos.

En enero de 1800 Carlos IV se dirigía al Consejo de Castilla a través de su primer Secretario, Mariano Luis de Urquijo. Habiéndole confiado meses antes la censura de dos delicadas obras que acaso convenía imprimir en interés de las regalías, mas con redoblada cautela, el monarca y su ministro reprochaban ahora la actuación posterior del Consejo y sus Fiscales ⁽⁴³⁾; con tono paternal e

que resulta distorsionante, amagando acepciones que convendría desde ahora recuperar: por ejemplo, en una compleja triada « als Kontrolle der Genese literarischer Produktion. Hier erstrecken sich die Sanktionen auf den Autor und auf die Auslöschung seines Geistesprodukts [...] als Kontrolle der literarischen Distribution. Hier richtet sich Zensur an die Multiplikatoren und zielt auf eine Isolation des betreffenden Gedankenguts » y, por último, « als Kontrolle der literarischen Diffusion. Sie wendet sich an die Rezipient in der Absicht, dem bereits zirkulierenden Gedankengut die Glaubwürdigkeit zu entziehen und seine weitere Verbreitung zu stoppen ». Vid. KNOCHE, « Einführung in das Thema », en *Der Zensur zum Trotz. Das gefesselte Wort und die Freiheit in Europa*, Hannover, VCH, 1991, pp. 23-39, pp. 24-25.

⁽⁴³⁾ El Gobernador del Consejo, Gregorio de la Cuesta, había comunicado la decisión adoptada a Urquijo el 4 de enero: « Publicada en el Consejo esta Real Orden en 8 de Noviembre siguiente acordó pasase todo a los tres Fiscales, quienes han propuesto que mediante la esencia y trascendencia de la materia, y con el fin de proceder con la seguridad y conocimiento que exige el asunto, convendría se pasasen ambas traducciones al Cabildo de Curas de esta Corte para que examinandolas atentamente expongan lo que se les ofrezca y parezca con encargo de que lo egecuten a la posible brevedad, y con su vista manifestarian su dictamen. Y habiendolo estimado así el Consejo há acordado lo ponga yo en noticia de VE para que se sirba trasladarlo a la de SM en cumplimiento de la que de su orden me comunicó en 25 de diciembre proximo ». La reacción de la Secretaría de Estado fue entonces inmediata, si bien hubo tiempo para enfatizar la respuesta; el mismo 4 de enero se anotaba al margen del oficio de De la Cuesta: « Que el Rey ha preguntado al Consejo su dictamen y no a los Curas de Madrid; que así lo dé al momento, pues como que son obras facultativas, bien lo puede hacer. Pero no se diga nada. Copiese esta minuta que he hecho y va resuelta y aprobada por SSMM ». AHN, Estado, 3014-19.

intención correctiva les recordaban el peso de unos deberes y funciones que habían tal vez despreciado con una delegación ‘ciega’:

« este cuerpo que debe ser el defensor nato de las regalías y derechos de la soberanía el que como un Argos vele sobre ellas día y noche, aumentandolas hasta el ultimo grado, cuidando de esparcir esta doctrina por todas partes, abrigando y protegiendo a sus promovedores, se conformó con el Dictamen de los Fiscales quienes con mas obligaciones aun si cabe por razon del nombre de sus empleos, le propusieron, despues de tanto tiempo, la remision a los curas no mirando que con ella se amancillaba la notoria ilustracion del Consejo, su celo, y sus deseos de acreditarlo » (44).

Esa mirada imaginada entre dos siglos resultaba entonces distinta a la ejercida tradicionalmente por el Santo Oficio, era en ese sentido ‘civil’ o ‘secular’, atribuida a otros órganos, el propio Consejo de Castilla o la Secretaría de Estado, y dotada en todo caso de rasgos diferenciadores: a pesar de escrúpulos como los manifestados en el conflicto citado por los fiscales, que decían inhibirse ante « los labios del sacerdote », Argos había de elevarse sobre lo sacro y lo profano; frente a los índices y demás mecanismos con los que la Inquisición venía reaccionando a lo ya impreso, Argos convocaba a escritores, dictaba y fomentaba su labor; lejos de hacer gala del rechazo absoluto e *in totum*, lejos de la ostentación de quemas y prohibiciones públicas, prefería Argos tantear en silencio, moldear el texto en la intimidad de los gabinetes, dando entrada así a un discurso más complejo y ambicioso, negando también de este modo la condición misma de posibilidad del contrario.

Semejantes a las cualidades invocadas por el Monarca y pro-

(44) El borrador conservado en el expediente aparece, en efecto, fechado el 6 de enero y dirigido al Gobernador del Consejo. Se abre, como era de estilo, recordando los antecedentes, a los que seguían los párrafos transcritos. Aclaro algún pasaje oscuro por la edición que de estos documentos se hizo bajo el inexacto título de *Informe que dirigió al señor Rey Don Carlos IV el Consejo de Castilla en 22 de abril de 1810* [sic]. *Sobre las dos traducciones al castellano hechas por el presbítero Don Francisco de Casada y Muro de la obra de Pereira, Sobre la potestad de los obispos acerca de las dispensas y absolucion de los casos reservados, y de la del Abate Cestari, Del espíritu de la jurisdiccion eclesiastica sobre la consagracion de los obispos*, Cádiz, por D. Vicente Lema, Calle de S. Francisco, num. 47, año 1813, BN, R/60140.

puestas al Consejo de Castilla con el ejemplo de aquel mítico, astuto e incorruptible guardián de cien ojos « de los cuales jamás se cerraban todos; ojos insomnes muchos *que calaban* hasta las intenciones » (45), eran las deseadas por Gaspar Melchor de Jovellanos en 1796 para el « magistrado público »: según el político ilustrado, « su vigilancia debería parecerse á la del Ser supremo: ser cierta y continua, pero invisible: ser conocida de todos, sin estar presente á ninguno: andar cerca del desórden para reprimirle, y de la libertad para protegerla » (46).

Otros escritores coetáneos partían de metáforas semejantes, sin desposeer al monstruo de su carácter en definitiva temible. Los numerosos cuadernos del *Tratado de policía* de Valeriola, dedicados a la « inoculación » o « la observación de las leyes », a la « salud » o a los víveres, no hacían sino recoger prolijamente la abundancia de asuntos ‘contemplados’ por una ciencia gubernativa exquisitamente vigilante (47) y de alcance ilimitado, por una « policía » que en cualquier descripción había de retener sus elementos sobrehumanos:

« los efectos de su administracion pueden compararse con propiedad á los movimientos de los cuerpos celestes. El hombre goza

(45) Publio Ovidio Nasón, *Las metamorfosis*, traducción y notas de Federico Carlos Sáinz de Robles, Madrid, Espasa-Calpe, 1963, libro primero, V, p. 31.

(46) La imagen aparece desarrollada en su *Memoria sobre las diversiones públicas [...] leída en junta pública de la Real Academia de la Historia el 11 de julio de 1796* (o *Memoria para el arreglo de la policía de los espectáculos*); *Espectáculos y diversiones públicas. Informe sobre la Ley Agraria*, edición de José Lage, Madrid, Cátedra, 1992 (6ª edición), p. 122.

(47) « La Policía es la ciencia de gobernar los hombres, contribuyendo á sus prosperidades; y el arte de llenarles de felicidades [...] consiste en mantener el orden, vigilar sobre las necesidades comunes de los Ciudadanos, dar providencias para impedir quanto puede turbar la paz, y tranquilidad que deben seguir; observar á los que por su conducta, úolvido de sus obligaciones, pueden perjudicar á los otros [...] Exige en los Magistrados encargados en ejercerla una atención continua; la mas exacta vigilancia; actividad infatigable [...] los que dependen de ella están sin cesar á la vista ». *Idea general de la policía ó Tratado de policía sacado de los mejores autores que han escrito sobre este objeto, dividido por quadernos, en los que se expondrán particularmente todas las materias pertenecientes á este ramo. Por Don Tomas Valeriola Riambau, Ruiz de Corella y Proxita, Caballero Profeso del Habito de Santiago, dueño de los lugares de Masalfasar y Ayacort*, I, Valencia, Benito Monfort, 1798, pp. 3-5.

de su regularidad sin conocer la causa. [Debe el Magistrado] estar presente en todas partes sin ser visto [...] [no es otra cosa la policía] que el alma de la Ciudad [« y quasi incognita »], que obra los mismos efectos que el entendimiento en el hombre; que es la que lo piensa todo; quien arregla todas las cosas » (48).

Esta mirada « suprema », siempre cercana mas al tiempo distante, indefinible como el espíritu o los planetas, resultaba a su vez afín al engendro paralelamente diseñado por Jeremy Bentham: con él Argos se tornó arquitectura y se denominó « panóptico ». En el núcleo de un espacio idealmente circular, sólido aunque transparente, se escondía tras una celosía el observador. La ocultación de quien mira constituye así la principal novedad aportada a la creciente obsesión visualizadora por este principio de « inspección central », tecnología de vigilancia aplicable a cualquier realidad, capaz de crear en el individuo observado la conciencia de su constante accesibilidad, en todo momento y en cada uno de sus gestos, para « el ojo del poder » (49), en abstracto, o para esos mil ojos, dispersos y omnipresentes, que se habrían de turnar en la penetración de las mentes (50).

La utilidad del panóptico, más allá de la reforma de los presidios para la que fue inicialmente proyectado, respondía a amplísimas estrategias que los sucesivos divulgadores del diseño, también en España, no escamoteaban en absoluto, y que gozaban del beneplácito de poderosos y censores (51):

(48) *Ibidem*, pp. 6-11.

(49) Michel FOUCAULT, *El ojo del poder* (1979), traducción de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, en Jeremías BENTHAM, *El Panóptico* (1787-1791), Madrid, La Piqueta, 1989 (2ª edición), pp. 9-26.

(50) Tan ambicioso es, en efecto, el objetivo, que parece heredado del Argos mitológico, dotado de « mil precauciones absolutamente nuevas, que deben quitar á los presos hasta la idea misma de una sublevacion y de un proyecto de evasion, porque no se forman proyectos cuando se ve la imposibilidad de egecutarlos: los hombres se acomodan naturalmente á su situacion, y una sumision forzada produce poco á poco una obediencia maquinal ». BENTHAM, *El Panóptico*, cit., p. 40.

(51) La irrupción en España de los textos de Bentham coincidiendo con los paréntesis constitucionales del primer siglo XIX no debería llevarnos a presumir su heterodoxia. Aunque se vieran luego afectados por la prohibición genérica de todo impreso efectuado en tan 'infames' períodos (en 1827, por ejemplo, serán incautados los « Con-

« Si se hallára un medio de hacerse dueño de todo lo que puede suceder á un cierto número de hombres, de disponer todo lo que les rodea, de modo que hiciese en ellos la impresion que se quiere producir, de asegurarse de sus acciones, de sus conexiones, y de todas las circunstancias de su vida, de manera que nada pudiera ignorarse, ni contrariar el efecto deseado, no se puede dudar que un instrumento de esta especie, sería un instrumento muy enérgico y muy útil que los gobiernos podrian aplicar á diferentes objetos de la mayor importancia » (52).

Parece que con el desarrollo del panoptismo y de una ‘policía’ de él dependiente, todo ámbito de la Monarquía debía hacerse escenario sin telón (53), siempre abierto y siempre ‘visitabile’: también

sejos de Jeremias Bentham: un folleto impreso por Repulles en mil ochocientos veinte », AHN, Consejos, 5570-2), es significativa la aparición en 1834 de *Carceles y Presidios. Aplicacion de la Panoptica de Jeremias Bentham a las carceles y casas de correccion de España: ó medios de mejorarlas, y de suprimir la pena de presidio con el establecimiento de casas construidas bajo el principio de Ynspeccion central*. Esta obra, que al parecer ya había sido concebida en 1819, y favorablemente valorada entonces por la Sociedad Económica de Madrid, fue llevada ante el Consejo en 1833 por su autor, Jacobo Villanova y Jordán (o Villanueva y Jordá, como parece que ha pasado a la posteridad), con la recomendación del Secretario de Gracia y Justicia, a quien iba dedicada. El Colegio de Abogados la consideró de « grande utilidad », y obtuvo licencia de impresión el 22 de marzo.

(52) Así lo expresaba Dumont, el editor en Francia del texto de Bentham, quien sugería asimismo algunos establecimientos mejorables con el principio panóptico: « casas de seguridad [...] de correccion [...] de trabajo, hospitales, manufacturas, escuelas ». BENTHAM, *El Panóptico*, cit., pp. 33, 81.

(53) No es casual que entre los siglos XVIII y XIX se insistiera en redibujar las ciudades. Madrid fue objeto de dos grandes intervenciones: la primera de ellas, desarrollada entre 1750 y 1765, dividió la capital en ocho cuarteles y sesenta y cuatro barrios, demarcaciones de los Alcaldes, cuadrículándola y describiendo detalladamente sus 557 manzanas, numerando las puertas y esquinas con azulejos. A partir de 1833 se precisó la nomenclatura de las calles y la numeración (par e impar) de las casas; vid. Trinidad Moreno Valcárcel, *Rotulación de calles y numeración de casas madrileñas (1750-1840)*, en « Anales del Instituto de Estudios Madrileños », 2, 1967, pp. 439-450. En ese ordenado casillero ejercía sus funciones una Superintendencia general de Policía, instituida en marzo de 1782 y reformada por Fernando VII, a su regreso en 1823, con la incorporación de espías y « soplones » o de guardias uniformados y a caballo; vid. Antonio VIQUEIRA HINOJOSA, *Historia y anecdotario de la policía española (1833-1931). Desde Fernando VII a Alfonso XIII*, I, Madrid, San Martín, 1989, pp. 21-27 y

las imprentas y librerías. Y cabía imaginar paralelamente todo tipo de mecanismos de intervención, también los libros, vehículos para navegar por esos espacios ahora franqueados, también las mentes.

Entre el sigilo y la ostentación ⁽⁵⁴⁾ se movía el vigilante callejero, mas siempre en un espacio ya rotulado ⁽⁵⁵⁾ y penetrable hasta en « los secretos del hogar y de la familia » ⁽⁵⁶⁾, en un proceso claro de absorción de lo doméstico por parte del poder político. La revelación de pensamientos, conversaciones y papeles ⁽⁵⁷⁾ venía facilitada por la proyección de un nuevo urbanismo ortogonal y aireado, por la erección de una arquitectura congénitamente discipli-

Martín TURRADO VIDAL, *Policía y delincuencia a finales del siglo XIX*, Madrid, Ministerio del Interior, 2001, pp. 19-38.

⁽⁵⁴⁾ Cabe constatar la existencia de un cuerpo de Policía visible, regulado por el Real decreto de 8 de enero de 1824 para « desobstruir todos los manantiales de prosperidad », saliendo de la « órbita demasiado estrecha » en que se movía hasta entonces, y una organización « paralela y subterránea ». TURRADO, *Policía y delincuencia*, cit., pp. 31-33.

⁽⁵⁵⁾ Las reformas urbanísticas del Nápoles de finales del siglo XVIII contienen elementos similares que Giorgia Alessi describe: así, la numeración ordenada por el regente Luigi di Medici en febrero de 1792 « per adeguare Napoli alle 'Ben regolate città d'Europa' », que prevía las « forme, grandezze e misure 'dei cartelloni per le strade, borghi e vicoli': due palmi e nove once di lunghezza, e larghi once nove e mezzo ». Los rótulos no duraron mucho en su emplazamiento; huidos los reyes y ocupado el Castel S. Elmo por los jacobinos, los « lazzari » los retiraron en las revueltas de enero de 1799: « 'Dicevano che con questi numeri i francesi sapevano le case dei Giacobini' ». Había sido también propuesta una guardia a caballo, en octubre de 1792; mas hubo Medici de reconocer su fracaso un año después, pues era continuamente ridiculizada, además de costosísima: se optó entonces por « smontare da cavallo, e infiltrarsi non visti tra i vicoli e i casali di Napoli, utilizzare parte del bilancio [...] 'per mantenere salariate sei spie di ladri, le quali vadano girando il giorno per la città' ». G. ALESSI, *Giustizia e Polizia I. Il controllo di una capitale. Napoli. 1779-1803*, Napoli, Jovene, 1992, pp. 81, 84-85.

⁽⁵⁶⁾ Da cuenta Modesto Lafuente en su *Historia General de España* (1865) del papel jugado por los sirvientes en la averiguación de la más íntima realidad; alude a ello VIQUEIRA, *Historia y anecdotario de la policía española*, cit., p. 23.

⁽⁵⁷⁾ Alude Viqueira al bando que en mayo de 1825 hacía colgar en todos los pueblos del reino el superintendente Juan José Recacho, y en el que se velaba por el respeto a los mandatos gubernativos fomentando las delaciones, vigilando los establecimientos públicos (fondas, cafés, billares [...]), el correo o las reuniones, fueran éstas públicas o secretas. *Historia y anecdotario de la policía española*, cit., p. 22.

nante que eliminase los ámbitos de promiscuidad social y de género, lugares de confusa producción y consumo del discurso (58).

En ese tránsito del modelo ofrecido por el teatro al panoptismo (59) nos interesa, por su modernidad, el segundo, especialmente en esa concreción 'literaria' que permitía que ante Argos desfilasen textos y escritores, que fuera redactándose con sus títulos y nombres un embrionario 'censo', a través de la visibilidad de librerías e imprentas, de la policía de aduanas o, de manera continuada y fructífera, de la censura previa del discurso destinado a las prensas. Aun intuyendo su imperfección congénita, o precisamente llevados por esas mismas sospechas, órganos como el Consejo de Castilla o las Secretarías perfilaron objetivos nuevos: el primero de ellos, el más inmediato, el de identificar y absorber intenciones y capacidades, reclutar habilidades y talentos.

Una inicial y 'autorizada' definición dieciochesca de censo nos dice que « antiguamente se llamó así la lista, padrón, o instrumento auténtico, hecho por los Censores, de las personas y haciendas que se registraban en cada ciudad ». Al igual que los términos *ensor* y *censura*, *census* « es voz puramente latina »: todos ellos se refieren, en alguna de sus acepciones, a aquel « oficio y dignidad » romanos

(58) Así, un edicto de 1787 distribuía minuciosamente el interior del café adyacente al teatro madrileño de Los Caños del Peral, dividiéndolo en una serie de habitaciones numeradas y asignadas separadamente a hombres y mujeres, previendo además los movimientos y actitudes de los concurrentes. Emilio COTARELO Y MORI, *Bibliografía de las controversias sobre la licitud del teatro en España*, Madrid, Est. Tip. de la Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, 1904, pp. 679-680, recogido por Edward BAKER, *In Moratin's Café*, en Wlad Godzich, Nicholas Spadaccini (edición), *The Institutionalization of Literature in Spain*, Minneapolis, The Prisma Institute, 1987, pp. 101-123, pp. 103-104, 110-111.

(59) Cabe señalar, en efecto, el paso de « las civilizaciones del espectáculo (civilizaciones del sacrificio y del ritual en las que se trataba de proporcionar a todos el espectáculo de un acontecimiento único y en las que la forma arquitectónica privilegiada era el teatro) a las civilizaciones de la vigilancia (en las que se trata de que unos pocos controlen de forma ininterrumpida a la mayoría, sociedades cuya forma arquitectural privilegiada es la prisión) ». Michel FOUCAULT, *La sociedad punitiva* (resumen del curso 1972-1973 del Collège de France), en *La vida de los hombres infames. Ensayos sobre desviación y dominación*, edición y traducción de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Madrid, La Piqueta, 1990, pp. 47-68, p. 61.

que, como vemos, comprendía diversas actividades ⁽⁶⁰⁾. Aunque más tarde éstas irían disociándose, dos diccionarios ulteriores permiten todavía jugar con la polisemia: en 1791, por *censura* cabía entender, aunque en equivalencia poco usada, el « padron, asiento, registro, ó matrícula », esto es, el *census, catalogus* o *album* romanos ⁽⁶¹⁾; en 1832 no sólo se repetía esta definición, sino que en una sola acepción de censor venían a confluír, bajo la figura del magistrado romano, las funciones de « formar el censo de la ciudad, velar sobre las costumbres de los ciudadanos, y castigar con la pena debida á los desordenados en vicios ». Y, como seguía sin existir la forma verbal actual, « hacer registro o matrícula » no era censar sino censurar ⁽⁶²⁾.

Ya en ese propósito primero, momento inaugural de extensión de listas, se revela una estrategia dilatadora de la propia Monarquía. Resulta significativa en este sentido la transformación que venía experimentando la *oeconomia* aristotélica: de ser considerada todavía a mediados de la edad moderna como un saber ligado a la casa, a la *oikia*, en apenas un siglo había de adquirir un paradójico carácter « político », una dimensión contradictoria en los términos ⁽⁶³⁾.

⁽⁶⁰⁾ *Diccionario de la lengua castellana, en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad, con las frases o modos de hablar, los proverbios o refranes, y otras cosas convenientes al uso de la lengua dedicado al Rey Nuestro Señor Don Phelipe V (que Dios guarde) a cuyas Reales expensas se hace esta obra. Compuesto por la Real Academia española. Tomo segundo que contiene la letra C. Con privilegio.* Madrid, Francisco del Hierro, Impresor de la Real academia Española, 1729.

⁽⁶¹⁾ *Diccionario de la lengua castellana compuesto por la Real Academia Española, reducido á un tomo para su mas facil uso. Tercera edicion, en la qual se han colocado en los lugares correspondientes todas las voces de los suplementos, que se pusieron al fin de las ediciones de los años de 1780 y 1783, y se han intercalado en las letras D. E. y F. nuevos artículos, de los quales se dará un suplemento separado,* Madrid, por la Viuda de Don Joaquin Ibarra, Impresora de la Real Academia, MDCCLXXXI (1791).

⁽⁶²⁾ *Diccionario de la lengua castellana por la Academia Española,* Madrid, Imprenta Real, 1832 (7ª edición).

⁽⁶³⁾ Vid. Daniela FRIGO, *La 'Civile Proportione': ceti, principe e composizione degli interessi nella letteratura politica d'Antico Regime*, en Cesare MOZZARELLI (edición), *Economia e corporazioni. Il governo degli interessi nella storia d'Italia dal medioevo all'età contemporanea*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 81-108; igualmente, EAD., 'Disciplina Rei Familiariae': a Economia como Modelo Administrativo de Ancien Régime, en « Penelope. Fazer e desfazer a história », 6, 1991, pp. 47-62.

La « prudencia de hacer y conservar la casa feliz » (64), presentada como virtud del padre de familia, sirvió pronto como modelo para aquéllos que debían gestionar amplias áreas de actuación privada o « subpública »: propietarios de tierras, clérigos, comerciantes en cuyas manos recaían funciones de importancia primordial. Como es sabido, a lo largo de los siglos XVII y XVIII se abrieron diversas líneas teóricas que apuntaban a la extensión de tales funciones a los príncipes, hasta entonces dedicados a respetar y a hacer respetar el equilibrio social, a reconducir a los diversos grupos, plebe y nobleza, a la proporción y la *mediocritas* o medida (65). Obras como la del Cardenal De Luca (66) trataron de combatir un « maquiavelismo » que era alegato audaz, ilimitado, de la « razón de Estado »; habían de proliferar textos que substituyesen esa « habilidad del Príncipe para conservar su principado » por el arte de gobernar (67), vinculando para ello al monarca con las virtudes del *pater familias*, la bondad, la sabiduría, la prudencia mas también, correlativamente, con sus múltiples funciones: « la abundancia de géneros, la conservación de la salud, el tráfico y el comercio y otras cosas semejantes, necesarias o oportunas para la sociedad humana y para la vida civil, cómoda y feliz de los Pueblos, que debe ser el objetivo principal del Príncipe » (68).

Con semejantes invitaciones se daba inicio al progresivo desar-

(64) *Da economica overo disciplina domestica, di Giovan Battista Assandri, libri quattro. Nei quali s'ba quello appartiene alla casa per renderla fornita dei beni d'animo, di corpo e di fortuna*, Cremona, 1616, p. 26; citado en FRIGO, *Disciplina Rei Familiariae*, cit., p. 51.

(65) Giovan Battista PIGNA, *Il principe. Nel qual si descrive come debba essere il Principe Heroico, sotto il cui governo un felice popolo, possa tranquilla & beatamente vivere*, Venecia, 1561, p. 35 r.; citado en FRIGO, *La 'Civile Proportione'*, cit., p. 102.

(66) Giovan Battista DE LUCA, *Il principe cristiano pratico*, Roma, 1680, cuya importancia destaca FRIGO, *La 'Civile Proportione'*, cit., pp. 104 ss., y EAD., *Disciplina Rei Familiariae*, cit., pp. 59 ss.

(67) Vid. Michel FOUCAULT, *La gubernamentalidad* (exposición en el College de France, enero de 1978), en Robert CASTEL, Jacques DONZELOT, Michel FOUCAULT, Jean-Paul de GAUDEMAR, Claude GRIGNON, Francine MUEL, *Espacios de poder*, edición y traducción de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Madrid, La Piqueta, 1991, pp. 9-26.

(68) Traduzco de la versión portuguesa trasladada en FRIGO, *Disciplina Rei Familiariae*, cit., p. 60.

rollo de espacios de acción y tutela confiados al Rey ⁽⁶⁹⁾. Su papel activo y constante fue construido en expresa analogía con aquella economía originaria, que habría de recibir finalmente un adjetivo redundante, el de « doméstica », para distinguirla de la triunfante « economía política ». Ésta amplió naturalmente sus horizontes e instrumentos, al quedar referida no ya a una casa sino a un Estado, al convertirse en el arte de orientar un complejo de cosas y personas hacia sus múltiples finalidades específicas. La familia seguía ofreciendo imágenes al poder, mas adoptaba esencialmente un papel instrumental respecto a la población en la que se integraba. El fin último del gobierno era ya esa población, descifrada por otro saber convenientemente adjetivado: la « aritmética política » o estadística, nueva ciencia del Estado forjada como tal entre los siglos XVII y XIX.

Así pues, determinados saberes — la economía o la matemática — devienen « políticos » en virtud de su integración en un conjunto de técnicas de intervención real denominado ya en el setecientos « policía ». Con ella concluirá, en definitiva, el Antiguo Régimen, atrapado en una alternativa no resuelta: la de una « Administración » que no llega a configurarse, sin una previa revolución constitucional, como un verdadero tercer poder, mas que, habiendo conquistado un amplio ámbito material de actividad, impide el retroceso de la Monarquía a su vieja dimensión de *iurisdictiono* ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁹⁾ Entre los escritores españoles del siglo XVII se aprecia también el giro mencionado: así, Sebastián de Ucedo habla del « templado [...] gobierno de Policía », caracterizado por « ordenar las cosas presentes, antever las futuras », y en general exige que « para ser el Príncipe glorioso, deve elegirse ser paterno, para ser paterno, deve mirar a los intereses de los Subditos [...] penetrando lo interno, i el progreso de los hechos [...] los Príncipes avisados, no se detienen sobre lo presente [...] enderece pues el Príncipe los ojos a lo venidero, i verá siempre qualquiera cifra en claro, i se hará tan familiar i cierto el conocimiento de lo por venir, que será simulacro de Dios, el qual se gloria de tener presente lo futuro [...] es arte de Príncipes penetrar con el conocimiento, i saver no solo lo mas escondido del estado sino de los animos ». *El Príncipe Deliberante Abstracto en Idioma Castellano. Devaxo los Auspicios del Excelentísimo Señor Don Gaspar Tellez Giron y Pacheco, Gomez de Sandoval, Henriquez de Rivera, Duque de Osuna [...]. Por Sevastian de Ucedo* (s.a., s.l., s.i.), BN, 3/44835, pp. 14-16, 122-126.

⁽⁷⁰⁾ Luca MANNORI, Bernardo SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma, Laterza, 2001, p. 154. Retoma la cuestión el propio Sordi en *Dalla scienza di polizia al di-*

Será ése, en efecto, el final de la trama; mas en el setecientos español se está forjando aún la historia, recurriendo a los ensayos que, desde mucho antes, se venían realizando en el extranjero. Ofrecieron sobre todo Francia y Alemania los modelos a los que dirigió su mirada el primer Borbón hispano, ligado todavía « al paradigma de un Estado jurisdiccional ‘puro’ » (71). Resultaban oportunas entonces las diversas síntesis difundidas por Europa desde la que en 1697 acuñase el presidente del Parlamento de París, « *Sûreté, netteté, bon-marché* », recogida luego en textos viajeros (72) y que no empequeñecía la auténtica dimensión, casi infinita (73), que la policía de la monarquía ilustrada estaba llamada a ocupar. Debía venir a amparar cientos de proyectos y textos, aunque parece evidente que en España (y también, en menor medida, en Francia) ese conjunto de atribuciones no se tradujo en una ciencia o disciplina y un aparato organizativo específicos, como sí ocurría con una *policey* alemana cuyas bases quedaban ya certera y precozmente sentadas, sino en repertorios de objetivos y compilaciones normativas, en discursos y propuestas sectoriales (74). Mas, al margen de los re-

ritto amministrativo. Spunti per l'interpretazione di due itinerari paralleli: Francia e Prussia, en Aldo MAZZACANE (dirección), *I linguaggi delle istituzioni*, Napoli, Cuen, 2001, pp. 35-57; en sentido similar, vid. GONZÁLEZ ALONSO, *Las raíces ilustradas del ideario administrativo*, cit., p. 168.

(71) MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 128.

(72) Mannori y Sordi mencionan a Adam Smith o el barón de Bielfeld, a los que ya hemos atendido: *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 142-143.

(73) Así, la extensa descripción de *policey* que Christian Thomasius trazaba en 1717 (transcrita por George ROSEN, *A History of Public Health*, New York, 1985, pp. 147-148, y recogida luego, sin más detalle, en José MARTÍNEZ PÉREZ, *La medicina legal en la enseñanza médico-quirúrgica de la España de la Ilustración*, Madrid, Universidad Complutense, 1989, p. 68). En aquella se afirmaba que la « policía » tenía que ver con la composición (*Verfassung*) interna y externa del Estado: debía entonces atender, respectivamente, al íntimo vigor de la sociedad, considerada en cuerpo y alma (abundancia de medios de subsistencia, salud, comportamiento, educación), así como al buen orden y aspecto de las cosas. Naturalmente recomendaba Thomasius todo tipo de mecanismos de estímulo del bien y prevención del mal, desde la existencia de « vigilantes y detectives de confianza » hasta la realización de « visitas e investigaciones sin aviso », pasando por la intensificación de la actividad reglamentadora.

(74) Se puede estar en gran medida de acuerdo con el diagnóstico de Mannori y Sordi: subrayan éstos, por ejemplo, la incapacidad mostrada por las literaturas francesa

sultados finalmente obtenidos, es innegable la ‘importación’ de acciones y modos que construyen una tecnología; no contó ésta, efectivamente, con « oficinas » ni cátedras propias, y sí, en cambio, con las trabas puestas por corporaciones y viejos poderes locales, reacciones ya diagnósticadas ⁽⁷⁵⁾ que no deberían impedirnos, sin embargo, la visión de las fórmulas que precisamente los motivaron. De 1718 datan las primeras ordenanzas que establecían la figura del intendente con total autoridad en justicia, policía, hacienda y ejército ⁽⁷⁶⁾; entraron en colisión con corregidores y justicias, reductos seculares de un poder autónomo y oligárquico. Este precoz intento de subordinar la acción local a la autoridad central se demostró inviable apenas dos años después, y no volvió a ser de nuevo ensayado hasta 1749. Mas en ambas ocasiones se trataba de concretar una competencia casi universal, dimanante del Consejo y de las Secretarías, en esos « agentes de la felicidad de los pueblos » ⁽⁷⁷⁾, que habían de perseguir el bienestar general, físico y moral, de los vecinos. La consecución de tan amplio objetivo requería, como presu- mimos ya, una labor básica de conocimiento, de vigilancia conti- nuada e informes periódicos ⁽⁷⁸⁾. Debían ser ojos y oídos que col-

o española para configurarse como algo más que un « semplice regesto di un fascio di dispersi e diversi ‘affari di polizia’ », frente a una verdadera ciencia del Estado construida en Alemania, dotada incluso con una primera cátedra de policía en la Universidad de Halle ya en 1727. *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 145, 156.

⁽⁷⁵⁾ Mannori y Sordi destacan también en el caso español « la sistemática opposizione degli ufficiali e dei corpi tradizionali — tanto che gli intendenti, già introdotti nel 1718, furono revocati dopo solo tre anni nella maggior parte del territorio statale e dovettero aspettare il 1749 per vedersi reinsediati stabilmente »; *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 128.

⁽⁷⁶⁾ Pilar GARCÍA TROBAT, Juan CORREA BALLESTER, *Centralismo y administración: los intendentes borbónicos en España*, en « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 26, 1997, pp. 19-54, p. 24.

⁽⁷⁷⁾ Es expresión de F. GALLARDO FERNÁNDEZ, *Prontuario de las facultades y obligaciones de los intendentes, subdelegados, contadores, administradores, tesoreros y demás empleados en la administración y recuado de las rentas reales*, Madrid, 1806, mencionado por GARCÍA TROBAT, CORREA BALLESTER, *Centralismo y administración*, cit., p. 30.

⁽⁷⁸⁾ Esa labor comprendía el « informarse de la vida y costumbres de sus vecinos y moradores », la confección de mapas o las comunicaciones con el Consejo dos veces al mes; GARCÍA TROBAT, CORREA BALLESTER, *Centralismo y administración*, cit., pp. 31-33.

masen los vacíos del Estado, que enfocasen los espacios de sombra.

La Real Cédula de 13 de noviembre de 1766 vino a dividir ese vasto acopio de funciones entre corregidores e intendentes, precisamente por « que era imposible que un hombre, por dotado de luces que fuese, pudiera vacar á un tiempo á tan diferentes encargos » (79). Apreciada esa inabarcabilidad originaria, correspondieron las labores de policía y justicia a los corregidores; intuíamos en efecto la centralidad que éstos adquirieron entonces para reformas y textos, remedios alternativos ideados para su subordinación ante el fracaso de una policía de nueva planta. La segunda mitad del siglo presenció la persistencia de ese « ramo de policía » que equivalía, en sentido lato, al « gobierno », aun cuando hubiese de buscar ahora instrumentos dispersos y diversos de implantación (80).

A través de publicaciones como las de Foronda había de ser entonces objeto de una intensa propaganda, hasta convertirse en « palabra clave »: el « celo » y la « vigilancia » para « estimular » el bien y « evitar » el mal constituyen elementos recurrentes en la escritura manuscrita o impresa, oficial u oficiosa. No es, desde luego, insignificante o casual el empleo de esta terminología, ni desdeñables los efectos materiales que comportó, empezando por « el incremento de la actividad estatal y por ende del intervencionismo » (81), y siguiendo con la aplicación de esos saberes preventivos al propio aparato proto-administrativo:

« Tómense tales medidas que hagan muy difícil y casi imposible la execucion del mal, y hállese éste evitado en la misma organización de la dependencia, y el sabio modo en que ésta esté montada, combinadas y dispuestas las cosas. Leyes de esta clase, instrucciones de este modo, son preferibles á ciertas antiguas ordenanzas terroristas, en que parece que por no haber sabido, ó no haber querido trabajar para sondear la esencia de las cosas, se echó por el

(79) Este argumento aparece en la citada cédula como advertencia elevada por Campomanes, fiscal del Consejo; Nueva Recopilación, 7.11.26.

(80) Tanto la Cédula de noviembre de 1766 como la Instrucción de corregidores de 1788 dieron cabida a gran parte de los asuntos que, como materia de policía, correspondían a los intendentes según sus Ordenanzas de 1749; GONZÁLEZ ALONSO, *Las raíces ilustradas del ideario administrativo*, cit., p. 166.

(81) GONZÁLEZ ALONSO, *Las raíces ilustradas del ideario administrativo*, cit., p. 166.

atajo de tirar solo a las personas, tropezándose á cada paso y en cada página con grillos, cadenas, galeras, presididos, horcas y cuchillos » (82).

Sabemos de una de las primeras medidas adoptadas en función de ese aumento de actuaciones y aplicadas al ámbito de la producción discursiva: la circular expedida el 16 de mayo de 1766 por la que se prohibía la existencia de imprentas en « convento ni en otro lugar privilegiado » (83). Eran corregidores y justicias quienes debían asegurar en sus respectivos territorios el cumplimiento de lo mandado en dicha cédula, a fin de « evitar de raíz los perjuicios [...] no solo à el buen gobierno, sino es à otros importantes intereses de la policía, y à preservar las Regalias de S.M ». Lo que « conviene al Estado » es aquí la « disposición de las cosas », la neutralización de los parajes ocultos, que en la circular aparecía reconducido a una yuxtaposición de términos (« regalía », « importantes intereses », « policía », « buen gobierno »), suficientemente enigmáticos por indefinidos mas estrechamente ligados en virtud de una escala de amplitud descendente, de conjuntos concéntricos.

Imágenes y palabras que, desde luego, no eran recientes (84), iban adquiriendo nuevas connotaciones a lo largo de esta segunda mitad del siglo XVIII. Como padre bondadoso, el soberano arrancó a la noción de felicidad su carácter fundamentalmente ultraterrenal y eterno (85) para enraizarla en una superficie temporal, formada por cuerpos y mentes, en la que remedar los vínculos y fines familiares. La consecución de éstos requería tradicionalmente, como veíamos, el ejercicio de una amplísima serie de funciones, que el Rey, en consecuencia, trató de asumir y expandir: desde el cui-

(82) Ángel Antonio HENRY VEIRA, *El oficinista instruido o práctica de oficinas reales* (Madrid, Imprenta de D. José del Collado, 1815), estudio preliminar de José M. Mariluz Urquijo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 43.

(83) AHN, Consejos, 5529-4.

(84) El propio término de « policía », lejos de ser un neologismo importado del francés, sería rastreable en textos castellanos al menos desde mediados del siglo XV, según GONZÁLEZ ALONSO, « Las raíces ilustradas del ideario administrativo », cit., p. 164.

(85) J. A. MARAVALL, *La idea de felicidad en el programa de la Ilustración*, en H. VIDAL SEPPIHA (ed.), *Mèlanges offerts à Charles Vincent Aubrun*, Paris, 1975, pp. 425-462, pp. 427-428, citado por MARTÍNEZ PÉREZ, *La medicina legal*, cit., pp. 36-37.

dado y mejora de los campos, la obtención y canalización de agua o la planificación de la casa, hasta el favorecimiento de la salubridad de ésta o los consejos sobre la educación de los hijos, la alimentación y la curación de dolencias ⁽⁸⁶⁾. Ya de este simplificado elenco resultan especialmente significativas las últimas atribuciones señaladas; de esas antiguas caracterizaciones del gobierno doméstico obtendría legitimación, magnitud y metáforas la 'policía literaria' del setecientos como dietética o medicina de libros.

A través de una fortalecida potestad normativa, instrumento de esa « incesante mejora de las condiciones de los súbditos e hijos de semejante Padre » ⁽⁸⁷⁾, son activados nuevos instrumentos y canales de conocimiento y cohesión del reino ⁽⁸⁸⁾ y de acción sobre las cosas y personas que lo componen ⁽⁸⁹⁾. Convergen a la perfección

⁽⁸⁶⁾ Serían significativos en este sentido textos tempranos como el ya mencionado de Assandri, sobre la *disciplina domestica*, 1616, o el *Reggimento del padre di famiglia di Francesco Tommasi da Colle Val d'Elsa toscano, medico e filosofo*, Firenze, 1589, mencionados por FRIGO, '*Disciplina Rei Familiariae*', cit., p. 56, quien asimismo insiste en que especialmente en el siglo XVIII tuvo lugar la fragmentación del universo doméstico y la consiguiente atribución al gobierno público de ámbitos de intervención más vastos.

⁽⁸⁷⁾ G.H. ZINCKE, *Cameralisten-Bibliothek*, Leipzig, 1751, citado en MANNORI, SORDI, *La storia del diritto amministrativo*, cit., p. 155.

⁽⁸⁸⁾ Este aspecto, de tanto interés, requeriría de una atención específica; vid. MANNORI, SORDI, *La storia del diritto amministrativo*, cit., p. 156. Conviene, sin embargo, citar al menos un pasaje de esa estupenda recapitulación de los fines ilustrados que es el *Memorial presentado al Rey Carlos III y repetido á Carlos IV por el Conde de Florida-Blanca, renunciando al Ministerio* (10 de octubre de 1788), en *Obras Originales del Conde de Florida-Blanca, y escritos referentes a su persona*, edición de Antonio Ferrer del Río, Madrid, Atlas (BAE, 59), 1952, pp. 307-355; en él ofrecía el ministro un panorama entrelazado de « las cosas internas del Estado » y de las mejoras establecidas en « todos los ramos de gobierno y justicia económica y política, material y formal de la corte y del reino », *ibidem*, p. 321. Una imagen político-médica servía de nuevo para dar cuenta de los problemas y las soluciones: « estas disposiciones de vuestra majestad para el adelantamiento de la agricultura, de las ciencias y artes, van acompañadas de las que ha tomado para facilitar el tráfico interno de sus vasallos y la comunicación de sus luces, frutos é industrias. Para todo esto era absolutamente necesaria la construcción de caminos y canales, que son como las venas y arterias de circulación del cuerpo del Estado », *ibidem*, p. 330.

⁽⁸⁹⁾ « Para que la hacienda esté floreciente, se necesita fomentar el reino, es decir, su población, agricultura, artes, industria y comercio [...] recelo que se han em-

en la figura del Monarca las actitudes tutelantes paternas y médicas; su actuación se configura, en efecto, como punto de confluencia de las dos vertientes básicas de la policía: la vigilancia y la prevención, la visión y la previsión. Síntesis afortunada es la *Instrucción reservada para la Junta de Estado*, que no sólo insistía en la necesidad de extinguir la ociosidad y mejorar la educación « así de los nobles como de los que no lo son », principios de los que derivaba « la mejor policía formal del reino »⁽⁹⁰⁾, sino también en el reconocimiento de una « experiencia en el gobierno », de una sabiduría o « literatura » que había de condicionar la provisión de empleos de extrema importancia⁽⁹¹⁾, configurados, al parecer, en torno al modelo del corregidor ideal⁽⁹²⁾.

Tanto el conocimiento de la fuerza total del « Estado »⁽⁹³⁾ como su fomento e instrumentalización se concretaban entonces en la « república literaria », ahora enmarcada en aquél, en la forma del censo aludido de solicitantes, censores, impresores [...] y en la propia modulación del discurso impreso. En ese ámbito delimitado se

pleado siempre más tiempo y desvelos en la exacción y cobranza de las rentas [...] que en el cultivo de los territorios que las producen, y en el fomento de sus habitantes, que han de facilitar aquellos productos»; es de nuevo José Moñino quien así se expresa, ahora en la « Instrucción reservada que la Junta de Estado, creada formalmente por mi Decreto de este día, 8 de julio de 1787, deberá observar en todos los puntos y ramos encargados á su conocimiento y exámen », en *Obras Originales del Conde de Florida-blanca*, cit., pp. 213-272, p. 243.

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*, p. 222.

⁽⁹¹⁾ Es el caso de los presidentes y gobernadores de los Consejos: « ni el nacimiento ó grandeza, ni la carrera militar, ni otra cualidad accidental de esta especie, deben ser el motivo de estas elecciones; pues sólo deben recaer, siempre que se pueda, en los hombres más *sabios*, morigerados y *activos* que puedan hallarse, y que sean respetables por su edad, condecoración y *experiencia en el gobierno* ». *Ibidem*, p. 220.

⁽⁹²⁾ « El arreglar el método en la provisión de las plazas togadas, y elegir para ellas hombres de literatura y virtud, es muy necesario, así como se ha hecho para la elección de corregidores y alcaldes mayores »; *ibidem*, p. 219. Más adelante se insistía precisamente en que « si los corregidores son justos, desinteresados, hábiles, prudentes y activos, todos los ramos de justicia y policía se manejarán bien », p. 220.

⁽⁹³⁾ Demandado como parte esencial de la *policey* por SONNEFELS, *La scienza del Buon Governo*, Venezia, 1785, o VON JUSTI, *Grundsätze der Policeywissenschaft (in einem vernünftigen, auf den Endzweck der Policey gegründeten, Zusammenhange und zum Gebrauch akademischer Vorlesungen abgefasset)*, Göttingen, 1782 (3° ed.), títulos destacables y destacados en MANNORI, SORDI, *La storia del diritto amministrativo*, cit., p. 158.

trataba, en definitiva, de constatar y maximizar el potencial productivo, no ya únicamente para el impulso de la educación y de la misma escritura, sino para, a través de ellas, extender y avanzar en múltiples campos de reforma. Y los mismos libros de medicina, economía o policía que contribuían a la construcción de esos saberes fueron entonces objeto de la medicina, de la economía, de la policía de libros ejercidas por el soberano.

En los expedientes de obtención de licencias de impresión se cruzaban los observadores y los observados, aquéllos encabezados por « un Monarca vigilante, benefico, protector de las Artes, promovedor de quantos establecimientos ofrecen solida utilidad, Padre, y patrocinador de las letras, y de los estudios »⁽⁹⁴⁾; él merece como nadie « los trabajos de sus leales vasallos »⁽⁹⁵⁾, de los « desvalidos »⁽⁹⁶⁾.

Hay que insistir en que tales expresiones no son mera reliquia de un estilo secular, en la medida en que quedan aquí referidas a originales formas de control y promoción, cuya articulación también recurrirá, como anunciaba, a símiles médicos, que encajan pulcramente en esa conjunción de lenguajes reubicados. La cura de las enfermedades es, desde luego, tópico aventajado en el discurso del setecientos; pero si la actuación posterior a la aparición del trastorno no constituye una novedad, pues emana con naturalidad de la concepción del rey-juez⁽⁹⁷⁾, sí son valorados la anticipación de la dolencia o el control nutricional, pilares fundamentales de la tutela ejercida por el rey en el ámbito del impreso.

Como expresa labor de « policía » figuraron durante largo

⁽⁹⁴⁾ Así se expresaba Juan Antonio Melón, como solicitante de licencia, en AHN, Estado, 3242(II)-39.

⁽⁹⁵⁾ También es un solicitante quien así se expresa, mas ya en 1830; AHN, Consejos, 5570-44.

⁽⁹⁶⁾ Estado, 3245(2)-23 (1794).

⁽⁹⁷⁾ Puede así convertirse incluso en imagen despectiva de proceder poco ambiciosos y aun malintencionados: así cabe la comparación de los abogados « que por no perecer de miseria buscan pleitos, siembran las discordias en todas partes, los fomentan y multiplican interpretando las leyes siniestramente », con « los malos Medicos que dilatan la cura para repetir las visitas, y sacar mas ganancia de su egercicio ». Es símil de Luis Vives que trasladaba José de Covarrubias a su *Discurso sobre el estado actual de la abogacia*; AHN, Consejos, 5544-100 (1779).

tiempo la detención e incautación de libros ⁽⁹⁸⁾; esta vertiente será la que, de hecho, perviva en el futuro como significado estricto, específico del término, el de « la vigilancia sobre los delitos y los delincuentes [...] », es decir, la seguridad común del Estado y la particular de sus individuos », a medida que el sentido lato, el que « abraza todas las funciones del gobierno civil » ⁽⁹⁹⁾, desemboca en Administración.

Sin embargo, es la sabia multiplicación de remedios flexibles la que diferencia del curandero de receta única al verdadero médico, ese « doctor » que sabe además observar y preparar al paciente en una prudente y constante labor previa ⁽¹⁰⁰⁾, o que aprende a endulzar la amargura de lo útil para inocularlo cual vacuna en los enfermos más reacios ⁽¹⁰¹⁾. Será, en cualquier caso, un saber atrapado

⁽⁹⁸⁾ Así queda explícitamente recogido en las portadillas de algunos expedientes: « (Irún, 1824) Ynventario de los libros detenidos por el Sudelegado de Policía de dicha Villa, y eran dirigidos desde esta Corte á D. José Felix de la Tasa con carta porte para que los remitiera á Bayona », AHN, Consejos, 5569-84; o « (Algeciras, 1825)(Policía) Expediente formado sobre averiguar la propiedad de un Cajon de Libros prohibidos, encontrado en la casa de Francisco Diaz de esta vecindad », AHN, Consejos, 5569-101.

⁽⁹⁹⁾ Pedro SÁINZ DE ANDINO, *Exposición al Rey N.S. sobre la situación política del Reyno y medios de su restauración. Hecha en el año de 1829 de orden de S.M.*, mencionado por GONZÁLEZ ALONSO, *Las raíces ilustradas del ideario administrativo*, cit., p. 172.

⁽¹⁰⁰⁾ « ¿Qué ruinas no había de ocasionar la ley agraria promulgada sin ninguna preparacion? Los mismos que en un enfermo causa un remedio fuerte quando el Médico no ha sido bastante prudente en prepararlo antes con lenitivos suaves [...]. El Médico de una sola receta para todos los males, es un curandero tonto; y solo en la verdadera sabiduría se halla el acierto »; « Disertacion patriotica sobre la Agricultura experimental: preparacion de la ley agraria, y menoscabos y ventajas que resultan á las haciendas de los particulares, á las comunes de los pueblos, y á la Real de esta preparacion: por el Doctor Don Joseph Castellnou », en *Memorial literario*, cit., XVI, junio de 1797, parte primera, pp. 327-356, pp. 344-345.

⁽¹⁰¹⁾ Es éste el famoso lema del « enseñar deleytando » que la Ilustración asumirá como propio. No faltarán las oportunas autoridades a las que referir estas estrategias; así, el *Diario de Madrid* invocaba un símil médico versificado por Torcuato Tasso para legitimar su propia receta, mixtura de entretenimiento e instrucción: « De esta suerte al rapaz que yace enfermo,/ la amarga medicina se le acerca,/ llenando del licor dulce y suave/ los bordes de aquel vaso preparado,/ y mientras que á lo dulce solo atiende/ de la parca cruel se le defiende », « Prólogo » al *Diario curioso, erudito, económico y comercial*, I, julio, agosto, y septiembre de 1786, pp. 9-10.

entre el miedo y la utopía, tratando de gestionar el incipiente (también expresado en términos para-médicos) « contagio de escribir », fomentando y filtrando al mismo tiempo, como lector privilegiado, el empleo de la pluma, educando en la dietética impresa a un dispar y ávido conjunto de individuos. Alimentos de difícil clasificación se convertirán en epicentro de las dudas: junto a esos otros que demandaban una actitud contundente y notoria, de aval o rechazo, saltan a un primer plano de atención textos, a menudo extranjeros, que combinan sustancias nocivas y beneficiosas por igual ⁽¹⁰²⁾, o los abundantes libros, en cambio, « sin substancia », « que se toleran porque ni causan daño ni provecho; así como hay muchas medicinas que solo son adaptables por quanto son incapaces de hacer daño, ya que no causen ningun provecho » ⁽¹⁰³⁾.

Mientras perdurase, sin embargo, esa esfera conjunta, indivisible de actuaciones, el continuado e intuitivo dibujo de esas interacciones y saberes había de ser desarrollado y reflejado en múltiples expedientes de impresión.

El caballero Foronda pudo sin embargo escapar momentánea-

⁽¹⁰²⁾ En este sentido se expresaban unos censores en 1776: « Querer prohibir todos los Libros estrangeros, por que son estrangeros, ó porque pueden contener algun veneno contra nuestra Santa religion, es querer infundirnos el espiritu de abersion con que miraban los Judios á los demas Pueblos, que proscribio y detestò la nueba ley de gracia con la excelente parabola del samaritano que asiste con amor al viajero robado y mal herido por los ladrones, y menospreciado por el Sacerdote y por el Levita », AHN, Consejos, 5543, Pieza 2^a.

⁽¹⁰³⁾ A esta afirmación llegaban los redactores del *Memorial literario* reflexionando acerca de los « libritos devotos de los que hoy estan en suma estimacion en manos de todos »; en gran cantidad eran éstos compuestos por el librero e impresor Manuel Martín, quien los daba a corregir al escolapio Padre Andrés de Cristo « bastante conocido por sus escritos en varias materias; y preguntado este por algunos amigos hábiles, ¿por qué le dexaba pasar á Martin unos escritos tan sin substancia? Respondia; porque él no quiere que le diga sino si tienen cosas que se opongan á la religion y á las costumbres, y que en lo demas él sabia bastante como habia de dar gusto al pueblo. Esto se ha dicho para que nadie se persuada que estas especies de escritos son hechos por alguna mano hábil, de aquellas que pasan por primipilares de la sabiduría de la religion: no tienen cosas que se opongan á ella: son buenas y santas: luego son las mejores, y las mas conformes al espíritu de la Iglesia. Esta consecuencia es falsa; porque hay muchas cosas indiferentes que se toleran porque ni causan daño ni provecho », etc.; *Memorial literario, cit.*, XVI, junio de 1797, parte primera, pp. 362-363.

mente a tales intervenciones, como otros compañeros de la pluma, con ocasión del trienio liberal; en un marco de relativa libertad de imprenta ⁽¹⁰⁴⁾ dio otra vez a las prensas sus *Cartas sobre la policía*. No se trataba en todo caso de una reimpresión exacta ⁽¹⁰⁵⁾, pues incorporaba algunas modificaciones y sobre todo la inserción de un paratexto inicial que venía a substituir a la anterior dedicatoria, pieza propia en efecto de otros tiempos, arrastrada hacia el mecenazgo de Estado a fines de la era ilustrada mas en todo caso en franco declive. Ahora no era ofrenda al poderoso sino « advertencia » ⁽¹⁰⁶⁾ al lector, a las « personas laboriosas » que pocas páginas más adelante demostraban ser, no obstante, los sucesores de aquellos corregidores, intendentes y alcaldes, esto es, los recientes ayuntamientos, jefes políticos o juntas provinciales. Aunque Foronda dedicase algún párrafo a tiempos que considera incautamente superados para siempre, época de « mordazas en la lengua para no hablar; cepos en la cabeza para no pensar, y esposas en las manos para no escribir », ciertamente desviaba sus ataques hacia instituciones recién suprimidas ⁽¹⁰⁷⁾, encarnando por lo demás todas las ambigüedades del paréntesis constitucional, momento de « libertad arre-

⁽¹⁰⁴⁾ La libertad de imprenta quedó regulada por ley de 22 de octubre de 1820: algunas garantías eran previstas, mas también un ambiguo límite, el de la « actual Constitución de la Monarquía », cuya amplia acepción incluía la religión católica y excluyente, la tranquilidad pública, la obediencia a la ley y autoridades legítimas o las buenas costumbres. Se mantenía un exhaustivo control — ya *a posteriori* — de los impresos, reforzado por el decreto de 12 de febrero de 1822. Me remito en lo relativo a los paréntesis constitucionales a Alicia FIESTAS LOZA, *La libertad de imprenta en las dos primeras etapas del liberalismo español*, en « AHDE », 59, 1989, pp. 351-490.

⁽¹⁰⁵⁾ *Cartas sobre la policía. Segunda edición. Por D. Valentin de Foronda. Individuo de varias Sociedades literarias de dentro y fuera del Reyno, de la Orden de Carlos 3º y de la Maestranza de Ronda, é Intendente honorario de Egército*, Pamplona, Imprenta de Ramón Domingo, 1820, BN, 1/28179.

⁽¹⁰⁶⁾ « Advertencia », *ibidem*, pp. 3-15.

⁽¹⁰⁷⁾ Así, consideraba Foronda que « el gusto á la instruccion [...] estaba aletargado por el terror que causaba el estúpido y barbaramente cruel, tribunal de la difunta inquisicion »; *ibidem*, p. 5. Retomará el argumento revanchista en la quinta carta: « los horrorosos, fétidos é insalubres calabozos de la atroz Inquisicion [...] felizmente se puede pintarla hoy con los negros colores que merece sin el temor de que renazca semejante Hidra que se alimentaba de los conocimientos útiles á las sociedades para las que dejaba solo la ignorancia, el idiotismo y las preocupaciones », *ibidem*, pp. 161-216,

glada », de una « revolucion sin efusion de sangre [...] metodica, y util », digna así de « un *Te Deum* diario » y de ser « adoptada por nuestro Augusto Fernando el Constitucional ».

En pocas palabras, salvo un leve (en ocasiones afectado) maquillaje a base de notas al pie ⁽¹⁰⁸⁾, de cierta actualización ortográfica o de la reducción de tipos de letra y formato ya de por sí menores, las *Cartas* así prologadas, con justa ira y oportuna contextualización política, seguían siendo esencialmente las mismas. O no: el texto publicado dos décadas atrás y ahora transcrito revivía plenamente. Si en esta segunda edición los corregidores de antaño son ya jefes políticos, si los vasallos pasan a ser ciudadanos y las antiguas cédulas son substituidas por artículos constitucionales, persiste intacta la policía provista de « tantos ojos como Argos », aunque ahora arraigada en tierra de promisión, de códigos ⁽¹⁰⁹⁾, telégrafos o los sempiternos diarios ⁽¹¹⁰⁾.

La principal aportación de esta edición liberal es en definitiva una carta que según Foronda no pudo aparecer en la versión abso-

p. 206. Se detecta una clara complacencia en la descripción, casi mitificación, de los horrores pasados.

⁽¹⁰⁸⁾ Un evidente ejemplo es el contenido en la « Carta primera », idéntica a la publicada en 1801 salvo porque al referirse a « la salud de los vasallos » Foronda aclara en nota que « si hoy escribiera les daría el sabroso nombre de ciudadanos »; *ibidem*, pp. 17-19, p. 19. La mayoría de adiciones, convenientemente diferenciadas, iba destinada, por lo demás, a aportar descubrimientos científicos, a incrementar la intertextualidad de la obra, constatando en ocasiones la realización de propuestas presentadas por él mismo veinte años atrás.

⁽¹⁰⁹⁾ Es de nuevo en nota donde Foronda se extiende sobre estos proyectos renovados, proponiendo la convocatoria de un concurso de ideas bajo un método preciso: « que fijen la ley, y se refieran á notas numeradas, en las que se expongan las razones de ellas, de sus ventajas, de sus inconvenientes, en que brille el buen juicio, la sana lógica en que no haya ninguna, ninguna, ninguna erudicion, sino todo, todo, todo, razonamientos, por consiguiente se prohibirá absolutamente citar á Griegos, Romanos, Egipcios, Ingleses, Franceses etc. No se exija originalidad [...] no: que cada uno copie lo que le parezca útil para su objeto; pues es superfluo, que nos indiquen los autores las fuentes donde han bebido sus ideas ». Muestra paralelamente cierta desconfianza hacia el proceso electoral gaditano, que parte de un pueblo que « no es ilustrado [...] desea el bien, pero no conoce el modo de conseguirle ». *Ibidem*, pp. 232-237.

⁽¹¹⁰⁾ « El Gobierno no debe imponer contribuciones á las luces. El cariño á la lectura no es grande y si cuesta mucho dinero perece [...] todo gobierno enemigo del despotismo, debe fomentar los telegrafos, que comuniquen con rapidez las noticias y

lutista o servil ⁽¹¹¹⁾, dedicada sin embargo a un viejo propósito ilustrado, « los efectos productores de la educacion », y confiado bajo apariencia de novedad a un Gobierno que paternalmente recompensa la virtud y castiga el vicio. Estas páginas escritas a un Príncipe imaginario nacen ante todo del convencimiento de que « el corazon, el entendimiento del hombre son un terreno igualmente propio para producir espinas, ó buenos granos », una página en blanco en la que el educador « inspira opiniones é ideas » acordes al interés público.

La policía del discurso sigue siendo así delineada en un discurso sobre la policía, aunque las mordazas de antes se demuestren obsoletas, y se opte en cambio por « sembrar por todas partes Maestros habiles », una casta intermedia y favorecida de educadores, de redactores de leyes o de constructores de opinión pública.

los diarios son verdaderamente estos instrumentos propagadores veloces de lo que interesa á todo coasociado de un reyno »; *ibidem*, pp. 158-159.

⁽¹¹¹⁾ « Carta VII. Sobre los efectos productores de la educacion. Escrita a un príncipe imaginario [...] V.F. Vitoria Agosto de 1800 », pp. 1-14. Como se ve, aparece con su propia paginación y encuadernada tras la « Carta VIII » y un índice (*ibidem*, pp. 245-278, p. 279). La carta novedosa, que ya aparecía misteriosamente anunciada en la edición de 1801, es ahora prologada con una elocuente « Advertencia »: « con motivo de mis persecuciones por la arbitrariedad del año de 1814 habia perdido la carta [...], impresa en Filadelfia porque creí que en aquel tiempo era una mercadería, que no habrian dejado pasar las Aduanas de la prohibicion de escribir, y aun de pensar, y despues que se ha acabado de imprimir esta pequeña obrita ha llegado á mis manos ».

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

35
(2006)

TOMO II



giuffrè editore milano

Figure dell'esperienza

CARLOTTA LATINI

« L'ARABA FENICE ».
SPECIALITÀ DELLE GIURISDIZIONI
ED EQUITÀ GIUDIZIALE
NELLA RIFLESSIONE DOTTRINALE ITALIANA
TRA OTTO E NOVECENTO

1. Il « tarlo del diritto ». L'equità giudiziale tra diritto e giustizia. — 2. La crisi del diritto e il dibattito sull'equità. — 2.1. *Aequitas legislatori magis convenit*. — 3. L'equità nel diritto amministrativo e nel diritto privato. La riflessione di Federico Cammeo. — 4. Il « buon giudice » e l'equità nella scienza giuridica italiana. — 7. L'equità e i principi generali del diritto. Il 'vestibolo' del codice civile. — 7.1. L'equità e le lacune del diritto. — 8. Le giurisdizioni speciali e l'equità: il « significato costituzionale » delle giurisdizioni d'equità. — 9. Decidere « con poteri di amichevole compositore ». — 9.1. La natura costitutiva o dichiarativa delle giurisdizioni di equità. — 10. I provviri industriali e l'equità. — 11. L'esperienza delle giurisdizioni di equità durante la Prima guerra mondiale. — 11.1. Un caso paradigmatico: il rapporto di impiego privato. — 11.2. La disciplina del rapporto di impiego privato in tempo di guerra: la sospensione del rapporto. — 11.3. I conflitti eventuali e la commissione arbitrale designata per la loro soluzione. — 12. L'epilogo dell'equità giudiziale.

« Nasciamo, viviamo e moriamo diseguali d'ingegno, di fortuna, di amicizie; e chi sognasse il contrario struggerebbe nel letto di Procuste ogni varietà di vita, di arti di libertà e attitudini individuali. Ma se ciò è vero, è vero del pari, che le pretese armonie economiche si traducono spesso nelle più aspre discordanze ».

E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, Prolusione al corso ufficiale di diritto civile nell'Università di Napoli, 1891

1. *Il « tarlo del diritto ». L'equità giudiziale tra diritto e giustizia.*

« Un concetto antichissimo, ringiovanito giorno per giorno dalla pratica giudiziaria, che vi attinge come a fonte di vita, è quello

di equità. Il quale concetto è al tempo stesso un problema per la mutevolezza dei confini e la fluidità del suo contenuto » (1). L'incertezza dei confini e le difficoltà definitorie sembrano essere gli elementi caratterizzanti il concetto di equità, naturalmente collocato sulla soglia che 'separa' il giuridico da ciò che non lo è. Il Dialogo (2) tra due personaggi (Cimourdain e Gauvain) del romanzo *Novantatrè* di Victor Hugo — ambientato in un'oscura prigione e intrecciato tra un giovane generale ed un vecchio commissario della repubblica — mette bene in evidenza, come ricorderà l'avvocato Pio Viazzi nella sua densa e diligente voce *Equità* scritta per l'Enciclopedia giuridica italiana, « l'importanza grande e quasi misteriosa che l'opinione popolare ha sempre concesso a codesta inaffer-

(1) G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », III, 1923, p. 256. Su questo autore, « filosofo e giurista che i pesanti futuri tributi al Regime hanno fatto dimenticare o, peggio ancora, hanno fatto ricordare soltanto per talune rigettabili manifestazioni, ma che è stato invece una delle voci più coerenti e più alte fra i futuri giuristi idealisti, e anche una delle voci criticamente ricche e culturalmente provvedute », cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 143. Per le pesanti implicazioni di Maggiore col regime fascista, che ne fecero un giurista 'organico', v. L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Bari, Laterza, 1999, p. 45. È evidente che il saggio sull'equità così come quello pubblicato qualche anno prima su *L'interpretazione delle leggi come atto creativo*, Palermo, Officina Grafica Ergon, 1914, sono ben lontani dal clima politico e culturale che caratterizzerà più tardi l'opera di Maggiore.

(2) « — Non facciamo astrazioni. La repubblica è due e due fanno quattro. Quando ha dato a ciascuno ciò che gli spetta...

— Le rimane da dare a ciascuno ciò che non gli spetta punto.

— Che vuoi tu dire con ciò?

— Voglio parlare dell'immensa concessione reciproca che ciascuno deve a tutti e che tutti devono a ciascuno, e ch'è l'intera vita sociale.

— Fuori dello stretto dovere non vi ha nulla.

— Vi è tutto.

— Io non vedo che la giustizia.

— Io guardo più in alto...

— Che v'è dunque al disopra della giustizia?

— C'è l'equità... ». V. HUGO, *Novantatrè* [1873]. Su questo romanzo 'della Rivoluzione' v. S. LUZZATTO, *La gaffe di Victor Hugo. Il romanzo della Rivoluzione dai Misérables a Quatre-vingt-treize*, in « Giornale di storia costituzionale », 2, 2001, pp. 131-145.

rabile e non ben definita forza di coesione sociale che si chiama equità » (3).

Il rapporto tra equità giudiziale e ordinamento giuridico, e diritto positivo, si rivela complesso proprio per la naturale 'capacità' dell'equità di sfuggire a ogni definizione e a ogni genere di classificazione. Essa rappresenta « il punto di incontro fra etica, politica, logica e diritto, e se solo si provasse a ridurla a mero diritto, tentandone una definizione e provando a positivizzare i suoi precetti, si finirebbe col parlare di altro, vale a dire di *ius*, di *ius scriptum*, di legge, così elidendo ciò che più la caratterizza: la sua duttilità e la capacità di adattarsi alla multiformità del concreto » (4). Inutili sarebbero i tentativi di eliminare l'equità dall'ambito del diritto: ricordava Francesco Gazzoni come « è storicamente dimostrato che a

(3) P. VIAZZI, *Equità*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, Società editrice libraria, 1906, vol. IV, P. II, p. 268. Sul punto della mancanza di chiarezza intorno al concetto di equità e al ciclico risveglio dell'interesse per essa, v. B.J.H. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, [trad. it. di *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1862) a cura di C. FADDA, P.E. BENSÀ], Torino, Utet, 1925, vol. I, pp. 82 e ss.; C. PERRIS, s.v., in *Nuovo digesto italiano*, Torino, Utet, 1938, vol. XVI, p. 448; V. VINCENZO, s.v., I) *Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1989, vol. XII, p. 1; V. FROSINI, s.v., in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1969, vol. XV, pp. 69 e ss.; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 3; S. RODOTÀ, *Quale equità*, in *Politica del diritto*, 1 (1974), pp. 31 e ss.

(4) F. MAZZARELLA, *Riflessioni sulle radici storiche del principio di ragionevolezza*, in « Rivista di storia del diritto italiano », LXXVI, 2003, p. 93. L'Autore ricostruisce, con profili di originalità, il percorso storico del concetto di *aequitas*, dall'Etica Nicomachea di Aristotele al diritto romano e in particolare allo *Ius honorarium* per arrivare all'*aequitas* dell'*utrumque ius* e agli sviluppi successivi. Sul problema dell'equità tra medioevo ed età moderna, v. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1996, p. 216, che la considera come una « vera norma costituzionale non scritta », applicabile all'intero ordinamento giuridico; Id., *Aequitas canonica*, in « Quaderni fiorentini », 27, 1998, p. 393: l'Autore ricorda che l'impiego dell'*aequitas* canonica è « affermazione di legalità » e non, come al contrario si potrebbe pensare, la sua negazione; cfr. M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 95; M.N. MILETTI, *Tra equità e dottrina. Il Sacro Regio Consiglio e le « decisiones » di V. De Franchis*, Napoli, Jovene, 1995; M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 108 e ss.; C. LATINI, *Il privilegio dell'immunità. Diritto d'asilo e giurisdizione nell'ordine giuridico dell'età moderna*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 67, nt. 187.

questo tentativo seguirebbe, normalmente una opposta reazione »⁽⁵⁾. L'equità appare allora come « l'araba fenice », che sempre risorge dalle sue ceneri. Indubbiamente, il processo di codificazione aveva, almeno in apparenza, inflitto un duro colpo all'equità⁽⁶⁾: un

⁽⁵⁾ F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 7.

⁽⁶⁾ Sul problema del carattere endopositivo e non eterointegrabile del *code civil* (desumibile sulla base del dettato degli artt. 4 e 5 del codice napoleonico), cfr. P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile. Storia e legislazioni*, Milano, 1966; A.J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français: la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, Pichon & Durand-Auzias, 1973; J.L. HALPERIN, *Le tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987, pp. 61-64; ID., *Le code civil*, Paris, Dalloz, 1996, p. 126; G. ALPA, *I principi generali del diritto*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 1, 1993, p. 181; M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « Royaume de la loi »: *équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie*, in « Justice. Revue Générale de droit processuel », 9, 1998, p. 17; L. CADIET, *L'Equité dans l'office du juge civil*, ivi, p. 92, nt. 39. L'autore ricorda come sia opinione comune che i redattori del codice civile abbiano fatto dell'art. 4, allo stesso tempo, la fonte dell'obbligo per il giudice di giudicare ed un inno alla legge. Ma egli fa notare come « de véritables jurisprudences d'équité seront élaborées pour combler les vides de la loi... »; E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile: il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 66-67; P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e 'riferimento al legislatore' nell'illuminismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2000; A. CAVANNA, *Mito e destini del Code Napoléon in Italia*, in « Europa e diritto privato », 1, 2001, pp. 85-129; M. MECCARELLI, *Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi*, in « Quaderni fiorentini », 30, 2001, t. I, p. 451; P. CAPPELLINI, *Codici*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 119; M. MECCARELLI, *Le corti di cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 127 e ss. Per la nascita del mito della completezza del codice cfr. U. PETRONIO, *La nozione di code civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa 'completezza')*, in « Quaderni fiorentini », 27, 1998, pp. 83-115; ID., *La lotta per la codificazione*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 107 e ss.; R. FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2002; I. BIROCCI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 541 e ss.; U. PETRONIO, *Giuristi e giudici tra scoperta e invenzione del diritto in età moderna*, in *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, a cura di M.G. DI RENZO VILLATA, Napoli, Jovene, 2003, pp. 431-464; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, Giappichelli, 2005; P. CARONI, *Lezione quinta, Le codificazioni giusnaturalistiche*, in *Saggi di storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 66 e ss.; J.F.

sistema tendenzialmente rigido non lasciava grande spazio ad un criterio di ermeneutica, che, come è evidente, apriva la dimensione giudiziale del diritto ad elementi apparentemente estranei ad un ordinamento in cui legge ed equità erano visti in contrapposizione (7). Il problema che si poneva era quello, come si vedrà, dell'identificazione dell'equità col concetto di arbitrarietà. Il punto della elasticità o della conoscibilità della previsione normativa era una delle conseguenze di questo nodo irrisolto, e naturalmente, il discorso era connesso alle fonti e alla loro gerarchia, o meglio a quale gerarchia occorresse riferirsi. Le scelte non erano, in questo senso mai 'asettiche' o disimpegnate, ma gravide di conseguenze sotto il profilo della politica del diritto. Il carattere giudiziale dell'equità appariva dunque come l'aspetto prevalente, come uno dei punti focali, attraverso il quale era possibile analizzare non solo i percorsi logici del legislatore (i cui richiami all'equità nel codice civile apparivano spesso poco chiari) ma anche e soprattutto quelli della scienza giuridica considerata nella sua relazione — stretta — con la giurisprudenza.

Come è stato giustamente osservato, « tra il XVIII e il XIX secolo, i principi della certezza del diritto, sistematicità delle norme, garanzia della libertà individuale improntano le 'grandi' codificazioni, a partire dalla pubblicazione, nel 1804, del *Code Napoléon*, fino all'entrata in vigore, nel 1900, del *Bürgerliches Gesetzbuch*. Il diffondersi del movimento illuministico segna il trionfo della legge come unica fonte formale di diritto e la massima limitazione della libertà del giudice di fronte al testo normativo » (8). L'equità sarà

NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du code civil français*, Aix-en-Provence, Université d'Aix-Marseille, 2004, t. I, pp. 35 e ss. Per le radici culturali del *code civil* v. S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon: il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano, Giuffrè, 1998; F. MARINELLI, *La cultura del code civil. Un profilo storico*, Padova, Cedam, 2004, pp. 51 e ss.

(7) Per il rapporto tra legge e giustizia v. P. GROSSI, *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 267 e ss.; ID., *Giustizia come Legge o legge come Giustizia. Annotazioni di uno storico del diritto*, in *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 15-39.

(8) I. PICCININI, *Equità*, IV) *Diritto del lavoro*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma,

dunque destinata a scontrarsi con miti consolidati⁽⁹⁾ che spesso passano indenni i confini nazionali e finiscono per permeare in profondità anche le scelte operate in Italia: ciò tuttavia senza dimenticare che la codificazione civile italiana — e con essa la sua scienza — mantiene una propria identità. Identità affermata con forza proprio dai frequenti richiami al diritto romano — basti pensare all'immagine dell'*aequitas* pretoria — che non rappresentano semplicemente un inutile orpello o esibizione di erudizione fine a se stessa, ma che esprimono l'esigenza dell'affermazione di una precisa peculiarità culturale e giuridica⁽¹⁰⁾.

Muta perciò l'approccio rispetto all'equità giudiziale: questa viene vista come una sorta di lesione della libertà e dell'autonomia contrattuale ed il suo allontanamento viene giustificato col pericolo di un attentato alla certezza e alla sicurezza del diritto, mentre, come si vedrà, la scienza giuridica, in una sua parte importante, tenderà a riconoscere solo al legislatore la possibilità di tener conto dell'equità nel momento della creazione delle norme. L'equità come l'ideale che il diritto del popolo deve adoperarsi a realizzare non è un diritto prima che tale ideale sia realizzato, prima che una fonte di diritto ne abbia riconosciuto i dettami⁽¹¹⁾. Su questa scia, ma

Istituto della Enciclopedia italiana, 1989, vol. XII, p. 2. Id., *Equità e diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 1997.

⁽⁹⁾ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., *passim*; P. CAPPELLINI, *Il Codice Eterno. Le Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti del Convegno internazionale*, Firenze, 26-28 ottobre 2000, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 13-68. P. GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in *Codici*, cit., pp. 579 e ss.

⁽¹⁰⁾ Sul tema del diritto romano come fonte delle codificazioni del XIX secolo e come punto di riferimento del giurista ottocentesco (e non solo) esiste una copiosa letteratura: tra gli altri, v. M. MECCARELLI, *Un senso moderno di legalità*, cit., pp. 418-419, nt. 143; G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 225, ricorda come Gian Pietro Chironi « in linea con il rinnovato vigore presente negli studi romanistici, propone un ritorno allo studio delle fonti romane e l'allontanamento dalla 'scuola francese' »; Id., *Civilistica e 'assolutismo giuridico' nell'Italia post-unitaria: gli anni dell'esegesi (1865-1881)*, in *De la ilustración al liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1995, pp. 402-404.

⁽¹¹⁾ Questa sostanzialmente la posizione di B.J.H. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., pp. 82-83.

con posizioni di maggiore apertura nei confronti dell'equità giudiziale, si collocherà Pietro Cogliolo, il quale mantiene la tradizionale separazione tra equità e diritto ⁽¹²⁾. L'equità intesa come sentimento popolare di « un nuovo bisogno non ancor soddisfatto dal diritto » — e qui sono chiari i legami con la Scuola storica ⁽¹³⁾ — è accettabile se è il legislatore e non il giudice a provvedere a tale bisogno. Intesa in questo senso, l'equità esprime semplicemente il bisogno di una nuova regola e non ha nulla a che vedere col diritto. L'equità può essere intesa come la giustizia del caso singolo. Ma conciliare l'equità col comando della norma è, per Cogliolo, un errore. In molti casi è stato poi lo stesso legislatore a consentire che il giudice tenesse conto di elementi di fatto « non formulabili con ipotesi generiche ». Ma al di fuori di questi casi l'equità « è il tarlo del diritto »: « la vera equità sociale vuole che il diritto trionfi sopra l'equità individuale » ⁽¹⁴⁾. Queste affermazioni di Pietro Cogliolo ⁽¹⁵⁾ corrono il rischio di disorientare il lettore, in specie quando

⁽¹²⁾ P. COGLIOLO, *Filosofia del diritto privato*, Firenze, Barbèra editore, 1912, p. 119.

⁽¹³⁾ Secondo F.K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino Unione tipografica editrice, 1886, traduzione di Vittorio SCIALOJA, vol. I, lib. I, cap. II, § 15, p. 74-77, la legislazione e la scienza giuridica hanno un intimo legame col diritto popolare. Nell'esaminare il contenuto di tale diritto egli distingue un elemento individuale, proprio di ciascun popolo, ed uno generale, che sarebbe derivato « dall'indole dell'umana natura » (p. 74). Questi due elementi si trovano nel diritto positivo di un popolo determinato uniti « come una medesima forza creatrice ». L'elemento generale, che è quello che interessa in questa sede, può presentarsi sotto diverse forme, tra cui anche sotto forma di *aequitas* o *naturalis ratio* (p. 77). Per una interessante lettura dell'uso del concetto di equità da parte di Puchta nella forma di una *Richterliche Billigkeitsskorrektur* rispetto alla *restitutio in integrum*, v. H.P. HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die « Begriffsjurisprudenz »*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2004, pp. 418-419; T. HENKEL, *Begriffsjurisprudenz und Billigkeit: zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G.F. Puchta*, Köln, Weimar, Wien, Böhlau, 2004; cfr. anche F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno, con particolare riguardo alla Germania*, Milano, Giuffrè, 1980, vol. II, pp. 53 e ss.; P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, vol. I, *Genesi del sistema e nascita della scienza delle pandette*, Milano, Giuffrè, 1984.

⁽¹⁴⁾ P. COGLIOLO, *Filosofia del diritto privato*, cit., p. 120.

⁽¹⁵⁾ Sono molteplici i contributi che Pietro COGLIOLO ha dedicato, in maniera diretta o indiretta, all'equità e ai suoi impieghi; oltre alle riflessioni presenti nella *Filosofia del diritto privato*, cit., da ricordare sono: *L'amichevole compositore*, in « Il Diritto

si possono leggere altrove ben altre considerazioni. Ma, in questo caso, è Neppi a ‘soccorrere’ Cogliolo, spiegando che è l’equità benigna (*benignitas*) il tipo di equità verso la quale si muovono i suoi strali: essa corre il « grave rischio di degradare e corrompersi nel più dannoso sentimentalismo »⁽¹⁶⁾. La vera equità è un’equità tecnica, « virilmente razionale ». Neppi ritiene che il diritto romano fornisca la prova di cosa sia l’equità e a che cosa serva: si pensi al riconoscimento, attraverso l’opera del *praetor* di alcune situazioni di fatto (come la proprietà di fatto del figlio di famiglia, cui l’antico diritto negava ogni personalità giuridico-patrimoniale, ma la cui situazione subì una determinata evoluzione)⁽¹⁷⁾.

Anche nel codice civile italiano del 1865 l’equità non viene regolata in termini generali ma compare in alcuni articoli che contengono specifici richiami. Se questi non realizzano grandi aperture rispetto ad un possibile impiego giudiziale dell’equità, apparentemente utilizzabile solo laddove il codice contenga dei richiami espliciti, appare assai significativo l’art. 1124, nel quale si prevede che « i contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l’equità, l’uso o la legge ne derivano »; su questa formula ‘aperta’, si confronteranno le teorie più o meno disposte ad offrire cittadinanza all’equità giudiziale. Il problema dell’equità sarebbe così divenuto « il punto di incontro (o meglio di

commerciale », I, 1920, pp. 9-21, pubblicato anche in *Scritti varii di diritto privato*, Torino, Utet, 1925, vol. I, pp. 541-549; *Il progresso del diritto privato nell’ultimo cinquantennio*, in *Scritti varii di diritto privato*, Torino, Utet, 1917, vol. 2, pp. 10-24; “*Bonus iudex*”, in *Scritti varii di diritto privato*, cit., vol. 2, pp. 10-24; sulle vicende di questo scrittore eclettico, nato come romanista e poi dedicatosi a tutt’altri studi — forse per vocazione ma anche in seguito ad alcuni contrasti con Scialoja — v. F. FABBRINI, s.v., in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, Treccani, 1982, pp. 635-639, ma soprattutto v. le considerazioni di Paolo GROSSI, ‘*Un altro modo di possedere*’. *L’emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 251-254, dove si sottolinea la tendenza di Cogliolo verso un evolucionismo storicistico. Per ulteriori riferimenti bibliografici cfr. C. LATINI, *Governare l’emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 167, nt. 32.

⁽¹⁶⁾ V. NEPPI, *Contributo alla determinazione del concetto di equità*, in « Il Filangieri », XXX, 1905, p. 811.

⁽¹⁷⁾ *Ivi*, p. 815.

scontro) delle ideologie di fine secolo » (18). La Prima guerra mondiale darà, come è facile immaginare, un impulso notevole all'impiego dell'equità giudiziale, attraverso il ricorso sempre più frequente alle giurisdizioni di equità, rivoluzionando, per certi versi, le certezze del diritto comune civilistico ma al contempo proseguendo (ed esaltando) una tradizione controversa che si era consolidata nel corso dell'Ottocento.

2. *La crisi del diritto e il dibattito sull'equità.*

Nella scienza giuridica che opera negli ultimi decenni dell'Ottocento e nei primi del Novecento il riferimento alla 'crisi' in atto, crisi di cui si avvertivano gli effetti e i disagi, è un vero e proprio *leit-motiv*. Tra le ragioni della frattura che indubbiamente si cominciò ad aprire tra il diritto codificato e le spinte sociali che muovevano verso discipline speciali, è stato individuato un discredito lento ma progressivo nei confronti non solo dei codici ma della stessa legge intesa come norma generale ed astratta (19). Il concetto di crisi si estende ad una pluralità di dimensioni e arriva a toccare la stessa magistratura: « Mentre la scienza del diritto meravigliosamente si sviluppa su le rovine dei vecchi istituti, la magistratura si dibatte nei tormenti d'una crisi che allarma e la giurisprudenza si

(18) F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 61; D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato. Dal Codice napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 86 e ss. Cfr. le interessanti considerazioni di N. COVIELLO, *Dell'equità ne' contratti*, [Estratto dagli *Studi napoletani* del 15 e 31 dicembre 1895], Napoli, Stabilimento tipografico Pesole, 1896, pp. 3 e ss., il quale si propone di cercare il significato dell'equità nei contratti trovandolo nell'uguaglianza delle prestazioni (p. 9). Coviello perviene a conclusioni molto amare: « E invero basta riflettere un poco sullo stesso art. 1124 per convincersi della troppo limitata e meschina e pressoché nulla efficacia che l'equità può avere » (p. 15).

(19) F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, a cura di G. ASTUTI, Milano, 1968, p. 39. Cfr. anche F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in « Rivista di diritto pubblico », 21, 1930, pp. 244 e ss. e P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, Cedam, 1940, vol. I, p. 23. Sul problema della 'crisi' si vedano le pagine che Paolo GROSSI dedica all'argomento, allargando il fenomeno allo Stato di diritto e alle sue fonti: *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 149-155.

travaglia in tale guazzabuglio triste e preoccupante »⁽²⁰⁾; così scriveva Raffaele Majetti, nell'agosto del 1907, nella sua periferica Campobasso. La contrapposizione tra diritto e legge appare così in tutta la sua forza soprattutto laddove si accetti l'ipotesi che l'intero diritto non si esaurisca nella sola legge. Ecco che al codice, in particolare al codice civile, si oppone la forza dei fatti, come alla *Gesetzmissigkeit* si contrappone la *Rechtsmissigkeit*.

Soprattutto nell'ambito del diritto privato, ma non solo, si pone il problema della riforma, un diritto privato che pare « scosso dai marosi della modernità, i quali screpolano la vecchia struttura dei codici cristallizzati »⁽²¹⁾.

Federico Roselli, nella sua interessante Introduzione a *La lotta per la scienza giuridica*, parlava di attribuzione di un potere equitativo (ai probiviri industriali) « che ormai denuncia in tutta la sua dimensione la crisi del codicismo »⁽²²⁾.

Il dibattito sull'equità appare sin dall'inizio importante, in quanto tocca il tema basilare delle fonti: al di là infatti del sistema di fonti previsto ed imposto dal legislatore, si scorge senza difficoltà la possibilità di andare oltre, ricorrendo proprio all'equità per dare delle risposte ad una domanda di giustizia profondamente mutata.

⁽²⁰⁾ R. MAJETTI, *Prefazione* a GNAEUS FLAVIUS (H.U. KANTOROWICZ), *La lotta per la scienza del diritto*, [GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, 1906] edizione italiana a cura di R. MAJETTI, Milano, Sandron, 1908, p. 32. Il libro fu pubblicato sotto lo pseudonimo di *Gnaeus Flavius*. Come ricorderà Vittorio POLACCO, *Le cabale del mondo legale. Discorso letto nell'adunanza solenne del R. Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti il 24 maggio 1908 in Palazzo Ducale (Sala dei Pregadi)*, Venezia, Ferrari, 1908, p. 157, con tale pseudonimo si voleva ricordare la figura del tribuno di Roma che aveva svelato al popolo i segreti delle *legis actiones* custoditi fino a quel momento, gelosamente, dai pontefici. Cfr. P. GROSSI, *Il 'coraggio della moderazione' (specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)*, ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 69-126, spc. p. 109; ID., *Interpretazione ed esegesi (Anno 1890 — Polacco versus Simoncelli)*, ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 33-68, spc. p. 55; L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967.

⁽²¹⁾ R. MAJETTI, *Prefazione* a GNAEUS FLAVIUS (H.U. KANTOROWICZ), *La lotta per la scienza del diritto*, cit., p. 7.

⁽²²⁾ F. ROSELLI, *La traduzione italiana de « La lotta per la scienza del diritto » di Gnaeus Flavius, Introduzione a La lotta per la scienza del diritto*, Ristampa dell'edizione di Milano, Sandron, 1908, Bologna, Forni, 1988, p. XXV.

Molti sono i giuristi ⁽²³⁾ che si cimenteranno con il tema dell'equità e del suo impiego nel sistema giuridico attuale: le risposte alla questione, seppure non sempre originali, rappresentano il segnale di uno sforzo che la scienza giuridica stava compiendo per comprendere i propri tempi.

2.1. *Aequitas legislatoris magis convenit.*

Il dibattito sull'equità si apre nel tardo Ottocento con una precisa e forte presa di posizione nei toni e nei contenuti: l'equità è in-

(23) Per una copiosa bibliografia cfr. P. VIAZZI, *Equità*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, cit., pp. 266 e ss.; la letteratura italiana sul tema è assai vasta. A titolo indicativo, e senza pretese di esaustività, v. C. LOZZI, *Della interpretazione delle leggi e dei contratti per via dell'equità*, in « Temi veneta », XXVIII, 1878, pp. 445 e ss.; E. DEODATI, *Alcune considerazioni sopra un'unica corte regolatrice nella capitale del Regno e sui giudizi di equità, a proposito di una censura fatta a un giudicato della cassazione di Roma*, in « Temi veneta », XXVIII, 1878, pp. 509 e ss.; ID., *Dei giudizi di equità*, in « Temi veneta », XXVIII, 1878, p. 577; V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, [Discorso inaugurale nel solenne riaprimiento degli studi nell'Università di Camerino letto il 23 novembre 1879], ora in *Studi giuridici*, Roma, Anonima Romana, 1932, vol. III, pp. 14 e ss.; A. FALCHI, *Intorno al concetto scientifico di diritto naturale e d'equità*, in « Rivista di filosofia e scienze affini », 3, 1903, pp. 160 e ss.; B. DONATI, *Sul principio di equità*, in « Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Perugia », III, 1913, pp. 337-365; F. MARIONI, *L'equità e la sua funzione nei giudizi*, in « Il Filangieri », LIX, 1914, pp. 481-526; V. MICELI, *Sul principio di equità*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, Milano, 1905, vol. II, pp. 92 e ss.; L. RAGGI, *Contributo all'apprezzamento del concetto di equità*, [Prolusione al Corso di diritto amministrativo nella R. Università di Genova, tenuta nel novembre 1918], in « Il Filangieri », LXIV, 1919, pp. 31 e ss.; P. COGLIOLO, *L'amichevole compositore*, in « Il Diritto Commerciale », I, 1920, pp. 9 e ss.; G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, [Prolusione al corso di filosofia del diritto letta il 13 dicembre 1920 nella R. Università di Roma], Modena, 1921 [Estratto dall'« Archivio giuridico », vol. LXXXV, fasc. 1]; P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in « Archivio giuridico », LXXXV, 1921, pp. 224-277; A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte del diritto*, in « Archivio giuridico », II, 1921, pp. 137-150; A. RAMELLA, *La funzione dell'equità nel campo dell'esecuzione dei contratti*, in « Il Diritto Commerciale », I, 1922, pp. 65 e ss.; B. BRUGI, *L'equità e il diritto positivo*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », III, 1923, pp. 450-453; G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, cit., pp. 237 e ss.; F. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, in « Annuario della Regia Università di Bologna per l'anno accademico 1923-1924 », 1924, pp. 15-34; A. GIANNINI, *L'equità*, in « Archivio giuridico », XXI, 1931, pp. 45-84.

fatti il tema che viene scelto da Scialoja per la sua nota prolusione camerte del 23 novembre 1879. Dopo di lui, altri risponderanno alla chiamata, affilando le armi contro la temibile minaccia dell'equità. Concetto vago dunque e di difficile definizione, l'equità incuriosiva il giurista e allo stesso tempo lo intimidiva per la sua portata quasi eversiva dell'ordine giuridico e per la temibile azione di erosione rispetto al diritto codificato.

La prolusione di Scialoja del 1879 è incentrata su alcune problematiche scottanti di quegli anni, come il ruolo della codificazione, la separazione del diritto civile dal diritto romano e dal diritto naturale. Scialoja ritiene che l'equità vada tenuta ben distinta dal diritto: dimostrando di conoscere e di saper riunire le due correnti fondamentali della scienza giuridica tedesca, quella storicistica e quella dogmatica, Scialoja riconosce l'importanza dell'equità come « aspirazione di un popolo ad un certo diritto », ma la ritiene non vincolante per il giudice, almeno finché non sia divenuta legge. Scialoja fa il punto della situazione sull'equità in generale, e risolve, in conclusione, anche il profilo dell'equità giudiziale. Questo in particolare gli serviva, come si vedrà, per recuperare, *in extremis*, il concetto di equità che aveva ricacciato nelle anguste sfere di pertinenza del legislatore. Il saggio di Scialoja è importante non solo per le riflessioni in esso presentate, nonostante egli stesso lo definisca uno « scritto d'occasione » rimproverandosi di non aver potuto, proprio per questo, aggiungere nulla sull'equità nel diritto canonico, né alcun riferimento all'*equity*, né altro sui mille rivoli in cui l'equità si scompone: e cioè equità *naturalis*, *civilis*, *canonica*, *scripta* o *constituta*, *non scripta*, *cerebrina* ecc. Ma è tuttavia un saggio fondamentale perché resterà a lungo il punto di partenza, o comunque il punto di riferimento per quasi tutti gli autori che si misureranno, negli anni a venire, col difficile tema dell'equità, tema che sembra improvvisamente tornato di moda proprio in quegli anni. « Si sa bene come — per bocca di Vittorio Scialoja — il vecchio positivismo giuridico ottocentesco avesse concluso sul punto: l'equità è una forza — e un potere — che si addicono al legislatore; forza e potere che vanno negati al giudice » (24). Scialoja apre la sua tratta-

(24) P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 140. Per l'importanza di Vittorio

zione dichiarando che a suo avviso il diritto e l'equità sono in aperto contrasto, quasi eternamente ed inevitabilmente posti l'uno contro l'altro. Egli ricordava come dalle pagine della rivista *Temi veneta*, che negli anni tra il 1878 e il 1879 ospitava un acceso dibattito⁽²⁵⁾ sull'equità — e un fenomeno analogo⁽²⁶⁾ si ripeterà negli anni Venti nella « Rivista internazionale di filosofia del diritto » — emergesse anche un tentativo di conciliazione della eterna lotta tra diritto ed equità.

Stando all'etimologia della parola, diceva Scialoja, equità corrispondeva ad uguaglianza e perciò essa poteva rappresentare il principio dell'uguaglianza degli uomini di fronte alla legge e anche quello per cui i casi simili avessero simile soluzione così come quelli

Scialoja intorno all'adattamento nazionale del paradigma pandettistico e quindi in merito alla svolta nel rapporto tra codice e scienza v. G. CIANFEROTTI, *L'Università di Siena e la « vertenza Scialoja »*. *Concettualismo giuridico, giurisprudenza pratica e insegnamento del diritto in Italia alla fine dell'Ottocento*, in « Studi senesi », C, 1988, Suppl. II, pp. 725-750, ora in *Studi in memoria di Giovanni Cassandro*, Roma, Ministero per i beni culturali e ambientali, Ufficio centrale per i beni archivistici, 1991, vol. I, pp. 212-235; N. SARTI, *Inter vicinos praesumitur aemulatio, Le dinamiche dei rapporti di vicinato nell'esperienza del diritto comune*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 13-15, spc. pp. 14-15 nt. 36, dove viene ricordata la polemica tra Vittorio Scialoja e Carlo Lozzi in merito al riconoscimento — voluto da Lozzi — degli atti di emulazione come atti proibiti. Il divieto degli atti di emulazione trovava la sua origine nel principio di equità ammesso come fonte di interpretazione del diritto sulla base dell'art. 3; F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 57; C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Bari, Laterza, 1990, pp. 241 e ss.; A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in *Stato e cultura giuridica*, cit., pp. 284 e ss.; G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana, I, Dall'unità alla fine dell'Ottocento. Autonomie locali, Amministrazione e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 10.

(25) Scialoja allude agli scritti di C. LOZZI, *Della interpretazione delle leggi e dei contratti per via dell'equità, (art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile)*, in « Temi veneta », XXVIII, 1878, pp. 445 e ss.; E. DEODATI, *Alcune considerazioni sopra un'unica corte regolatrice nella capitale del Regno e sui giudizi di equità*, cit., pp. 509 e ss., spc. pp. 524 e ss.; ID., *Dei giudizi di equità*, in « Temi veneta », XXVIII, 1878, p. 577; M. DIENA, *Della equità nella interpretazione delle leggi e dei contratti e della corte di cassazione unica*, in « Temi veneta », XIX, 1879, pp. 1-6.

(26) La Rivista internazionale di filosofia del diritto ospiterà il contributo di Giuseppe Maggiore sull'equità, e la replica, accalorata difesa delle posizioni scialojane, di Biagio Brugi.

diversi fossero portati ad un esito differente. Mentre poi nell'equità la materia giuridica si trovava allo stato « amorfo e non depurata », nel diritto positivo essa si presentava « schietta e cristallizzata » (27).

Vittorio Scialoja aggiungeva: « Un antico detto suona: *Jus legislatori, aequitas judici magis convenit*; io crederei più vicino al vero il contrario: *Aequitas legislatori, jus judici magis convenit*. Se questa regola si fosse sempre osservata i Savoia non avrebbero dovuto dire al re francese Francesco I: Salvateci, Sire, dall'equità dei parlamenti! Non tutti peraltro sono di questo parere, e l'equità s'intende in varii modi e le si attribuisce vario potere, sia che la si consideri come qualche cosa di superiore alla legge, sia che la si prenda come regola d'interpretazione e di correzione della legge stessa » (28). L'inversione del noto brocardo esprimeva una volontà nel senso della rottura del rapporto tra giudice ed equità ed uno spostamento del livello dell'equità al momento creativo della norma per opera del legislatore. Il legislatore diveniva così il solo destinatario degli imperativi dell'equità mentre questa veniva risolta nella *ratio legis* (29).

La definizione usuale che Scialoja riportava di equità era già di per sé l'inizio di una polemica: « È opinione volgare che ogni uomo porti scritto nella propria coscienza un codice eterno, il quale è sufficiente a risolvere ogni controversia, al quale la legge positiva deve uniformarsi, se vuole aver qualche valore, lontana dal quale essa non è che capriccio e non merita di essere attesa; questo codice si suol chiamare equità. Poche parole mi bastano per far la critica di questo concetto » (30).

Ad avviso di Vittorio Scialoja era facile rilevare come in tale principio vi fosse una parte di verità, poiché il diritto si fondava appunto sul comune consenso costituzionalmente espresso. Tuttavia, accanto a questo, vi sarebbero state molte falsità, come ad esempio l'idea secondo la quale i principi giuridici erano intuitivi. La storia avrebbe dimostrato, a suo avviso, che essi invece si con-

(27) V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 14.

(28) Ivi, p. 15.

(29) F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 12, nt. 14.

(30) V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 15.

quistavano solo tra gli stenti e le lotte. Scialoja ricordava, a questo proposito, il principio dell'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, che si affermò e fu poi calpestato e risorse, sempre secondo la sua ricostruzione, solo grazie al sangue versato.

In realtà, Scialoja stigmatizzava le contraddizioni che discendevano dall'equità e ammoniva sulla natura complessa della legge. Non esisteva dunque alcun codice scritto nella coscienza degli uomini: e la critica era implicitamente rivolta al vecchio giusnaturalismo (non a quello 'nuovo' che rappresentava una sorta di giusnaturalismo rinato in età liberale, ma profondamente diverso)⁽³¹⁾, ma anche, per certi aspetti, ad alcuni principi della Scuola storica; non si poteva fare a meno dei codici, aggiungerà Biagio Brugi, completando il discorso cominciato da Scialoja: sebbene il concetto di codificazione, e non di legislazione, si badi bene, fosse stato combattuto, almeno agli inizi, dalla Scuola storica, occorreva evidenziare come questa battaglia avesse rappresentato, agli occhi di Brugi, e probabilmente anche di Scialoja, un fallimento. Eppure, si trattava di giuristi « educati a questa scuola ». E non si doveva dimenticare, proseguiva Biagio Brugi, che « il concetto della codificazione, sebbene combattuto dapprima dalla Scuola storica, ha trionfato ed è rimasto uno dei caratteri dell'età moderna: quella scuola medesima dovette rassegnarsi ». Una scuola che nel suo programma non lasciava ampio spazio all'equità. Lo scritto di Scialoja rappresentava, per Brugi, nel 1923, un vero e proprio programma che egli condivise all'inizio della sua carriera. Il 'manifesto' di Scialoja viene sintetizzato in questo modo: « Per noi v'è un ordine giuridico in cui dovrebbero esser già fusi tutti i sentimenti della coscienza popolare (continuiamo a dir così), compreso quello di equità, per opera del legislatore. Fuori di quell'ordine resta il diritto in formazione; germoglia l'equità nuova o sopravvivono residui vivi di quell'equità che fu trascurata dal legislatore; non è diritto positivo »⁽³²⁾. Tuttavia poteva diventarlo, grazie, sempre e rigorosamente, ad una nuova legge.

(31) Cfr. V. MICELI, *I principi generali del diritto*, in « Rivista di diritto civile », XV, 1923, p. 32.

(32) B. BRUGI, *L'equità e il diritto positivo*, cit., p. 451.

C'è da chiedersi come mai Brugi non percepisse in questo scritto quanto fossero mutati i tempi e quanto il tema delle giurisdizioni di equità avesse inciso sul tessuto sociale e sulla riflessione giuridica, indirizzandola. Mentre Scialoja chiudeva il suo discorso sull'equità accennando proprio al ricorso agli amichevoli compositori, che egli considerava l'eventuale via di fuga per coloro che non amassero i rigori del diritto, pur senza omettere di ricordare il loro scarso funzionamento, Brugi le liquidava etichettandole come un'esperienza fallimentare e causa dell'incertezza del diritto. Del resto, anche Raffaele Majetti notava come Brugi avvertisse l'importanza del « verbo nuovo » portato da un nuovo modo di operare l'interpretazione anche in Italia⁽³³⁾. Tuttavia, questa sensibilità verso quella che Majetti definisce in maniera appassionata come « la lotta contro il misonismo, il pregiudizio politico o religioso, l'apatia degli organi legislativi, gli interessi...di classe, contro l'interpretazione letterale e formalistica della giurisprudenza »⁽³⁴⁾, interpretazione radicata proprio in quel senso moderno della legalità, dice Majetti, ormai lontanissimo da quello romano, non porta Brugi sulla strada del sostegno all'idea dell'equità come strumento del giudice⁽³⁵⁾. Il programma, scritto nel 1879, restava fermo: e Brugi si manteneva fedele al Maestro.

Uno dei punti di crisi del dibattito sull'ammissibilità dell'equità, in tutti i casi in cui non vi fosse un richiamo del legislatore, era rappresentato dall'idea che l'equità si risolvesse nell'arbitrio del giudice. E così Scialoja ricordava che occorreva tenere presente l'art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile e il rinvio ai principi generali del diritto: tra questi e l'equità passava una notevole differenza, in quanto essi consistevano nel « puro » diritto. L'operazione scialojana giungeva così al suo esito principale: e cioè,

⁽³³⁾ R. MAJETTI, *Prefazione* a GNAEUS FLAVIUS (H.U. KANTOROWICZ), *La lotta per la scienza del diritto*, cit., pp. 20-21. Cfr. B. BRUGI, *Eguaglianza di diritto e diseguaglianza di fatto*, in « Rivista italiana di sociologia », XII, 1908, pp. 49-55. In questo saggio emerge chiaramente una strategia di stampo modernizzatore di questo autore, una valorizzazione della legge speciale e una rilettura storicistica dell'art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile nell'ottica di una interpretazione storico-evolutiva.

⁽³⁴⁾ Ivi, pp. 20-21.

⁽³⁵⁾ Cfr. M. MECCARELLI, *Un senso moderno di legalità*, cit., pp. 472 e ss.

premessi che l'equità attuale non era la stessa del *praetor* romano — e che nonostante i pur facili confronti non fosse possibile trarre da quell'esperienza alcunché di utile sul fronte dell'equità — questa andava espunta dall'ordinamento giuridico che restava chiuso e sordo nei confronti di essa (come anche della consuetudine e del diritto naturale, ritenuto, da Scialoja, non meno pericoloso dell'equità).

Tuttavia, l'autore sentiva che il suo discorso poggiava su basi non sempre solide ⁽³⁶⁾, e ammetteva che il codice civile conteneva dei richiami all'equità, così come in generale la legislazione vigente. Occorreva anche chiarirsi su quale concetto di equità bisognasse accogliere, o meglio quale concetto fosse stato accolto dal legislatore. Ma questa operazione di unificazione della nozione di equità non era facile, e infatti Scialoja rinunciava a farla, dicendo che essa veniva usata in significati assai vari: e in alcuni casi significava che il legislatore aveva prescritto l'uguaglianza delle parti, come nell'ipotesi dell'art. 1718 c.c., in altri invece vi era stato un rinvio alla coscienza del giudice ⁽³⁷⁾. Gli faceva eco Biagio Brugi, per il quale, anche se l'equità non era l'arbitrio del giudice, tendeva a divenirlo, visto che il giudice poteva intenderla come voleva, magari anche a fin di bene, ma senza riuscire a possedere quella lungimiranza che invece era propria senz'altro del legislatore ⁽³⁸⁾.

Scriveva Francesco Ferrara che l'equità poteva essere intesa come la giustizia del caso singolo: la concezione dominante, che egli riferisce, considerava per equità il sentimento etico vivente nella coscienza sociale; essa aveva la funzione di adeguamento della norma ad un singolo rapporto. Ma questa concezione era sbagliata, a suo avviso, perché l'equità implicava sempre la *benignitas*, la clemenza. Per cui era impossibile identificare la giustizia — in certi casi rigida ed esemplare — con la clemenza nella quale l'equità si sostanzia.

⁽³⁶⁾ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 9: « peraltro questo diritto così scritto, così sancito, così ordinato è egli senza difetti? O Signori?, per quanto io possa essere fautore del diritto positivo non cadrò certo in tale esagerazione. La storia sarebbe pronta a smentirmi! ».

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 22.

⁽³⁸⁾ B. BRUGI, *L'equità e il diritto positivo*, cit., p. 452-453.

Equità e diritto erano dunque in contrapposizione, ed essendo la prima un « fattore mobile e soggettivo, che diversamente si rispecchia nella coscienza degli individui », portava con sé fatalmente il pericolo dell'arbitrarietà ⁽³⁹⁾.

Anche Miceli ricordava che il diritto ha carattere contingente, ma che occorreva tenere l'interprete dentro il recinto del sistema « poiché solo in tal modo la sua tendenza verso l'universale potrà non essere traviata dalle irruzioni del subbiettivismo e dell'arbitrio » ⁽⁴⁰⁾.

Quasi capovolta, era, a questo proposito, la concezione della Scuola storica, per cui era necessario precisare che il diritto non doveva essere il prodotto dell'arbitrio del legislatore. Ad avviso di questa scuola « il diritto non si genera per effetto di arbitrio, ma procede naturalmente dallo spirito e dalla storia di una nazione ». Tuttavia ad avviso di Maggiore quando si parlava di spirito della nazione si ricadeva nell'astratto e cioè proprio in quell'antistoricismo che Savigny aveva voluto combattere ⁽⁴¹⁾. Si è già visto quale fosse nel Savigny del *System* lo spazio lasciato all'equità: in esso, l'idea dell'equità come « il motivo generale di una legge » si collocava accanto a quella di un diritto positivo come diritto popolare cui progressivamente si affiancava la scienza del diritto ⁽⁴²⁾.

⁽³⁹⁾ F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, *Dottrine generali*, P. I, *Il diritto - I soggetti - Le cose*, Roma, Athenaeum, 1921, p. 233.

⁽⁴⁰⁾ V. MICELI, *I principi generali del diritto*, cit., p. 41.

⁽⁴¹⁾ G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, cit., p. 263.

⁽⁴²⁾ F.K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., cap. IV, § 37, p. 245. Per la polemica sulla codificazione in Germania ai tempi di Savigny v., nell'ambito di una letteratura vastissima, P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des Berufes*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte », Germ. Abt., 86, 1969, pp. 97-176; Id., *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in « Quaderni fiorentini », 9, 1980, pp. 69-111; A. MAZZACANE, *Pandettistica*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1981, vol. XXXI, pp. 596 e ss.; G. MARINI, *La codificazione in Germania. Introduzione generale*, in *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. MARINI, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1992, pp. 26 e ss.; J. RÜCKERT, *Savignys Konzeption von Jurisprudenz und Recht, ihre Folgen und ihre Bedeutung bis heute*, in « Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis », 61, 1993, pp. 94-95; Z. KRYSSTUFEK, *La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne*, in « Revue historique de droit français et étranger », 44, 1996, pp. 59-75; A. DUFOUR,

Come ricordava Marioni in un saggio sull'equità di qualche anno precedente rispetto a quello di Maggiore, « se in tempi per noi antichi, parve e fu progresso, escludere ogni giudizio soggettivo come arbitrario e contrario alla certezza dei diritti, non si potrebbe più temere ora dell'arbitrio del giudice il quale ha di tanto accresciuta la propria indipendenza e la coscienza della propria responsabilità, e sul quale vegliano tanti controlli » (43). Né vi è ormai più ragione di temere, a suo avviso, per la certezza dei diritti, se il ricorso all'equità del giudice viene dopo la legge e dopo il diritto consuetudinario. Marioni poi introduce un ulteriore criterio, sostitutivo rispetto a quello della coscienza individuale del giudice che gli sembra, probabilmente, avere troppo a che fare con la sua discrezionalità: e a suo avviso la certezza del diritto sarebbe infatti meglio tutelata se, in luogo del criterio soggettivo del giudice fosse adottata, come ultima fonte del diritto, la norma espressa dalla coscienza giuridica nazionale.

Il giudice doveva essere chiamato come interprete di quella coscienza, la quale si rifletteva nella sua mente attraverso la conoscenza dei bisogni economici e sociali della Nazione, delle sue idealità, delle consuetudini nuove. In questo modo, secondo Marioni, era possibile conciliare i benefici della codificazione con quelli della libera ricerca del diritto. E questa operazione logica sarebbe stata avvalorata dal fatto che l'opera del giudice italiano era espressamente limitata dall'analogia e dai principi generali del diritto, e non era lecito attingere ad una fonte non indicata dal legislatore (44); Marioni considerava dunque l'art. 3 delle preleggi come un limite

L'idée de codification et sa critique dans la pensée juridique allemande des XVIIIe-XIXe siècles, in « Droits », 24, 1996, pp. 45-60, ora in ID., *L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées*, ed. par S. GUICHARD FRIESENDORF, B. WINIGER, V. MONNIER, Zurich, Schulthess, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 493-508; P. BECCHI, *Ideologie della codificazione in Germania. Dalla recezione del codice napoleonico alla polemica sulla codificazione*, Genova, Compagnia dei Librai, 1999; L. MOSCATI, *Italianische Reise. Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Roma, Viella, 2000; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 8-9; Cfr. anche F.C. VON SAVIGNY, *Politik und Neuere Legislationen. Materialien zum "Geist der Gesetzgebung"*. Aus dem Nachlaß, herausgegeben von H. AKAMATSU, J. RÜCKERT, Frankfurt a/M, Klostermann, 2000.

(43) F. MARIONI, *L'equità e la sua funzione nei giudizi*, cit., p. 491.

(44) *Ibidem*.

all'azione interpretativa del giudice e quindi come un freno rispetto all'equità. D'altra parte, senza l'equità il diritto positivo sarebbe rimasto incompleto e ingiusto, perché non avrebbe potuto regolare le infinite singolarità di fatto non prevedibili dal legislatore, e da un'applicazione esasperata dei suoi principi potevano derivare conseguenze ingiuste; per altro verso, l'equità senza il diritto positivo conduceva all'arbitrio. Entro certi limiti si poteva affermare che « dove l'equità manifesta il suo impero non provvede il diritto; e dove provvede il diritto l'equità non ha più ragion d'essere » (45).

Il pericolo era ovviamente rappresentato, come sintetizzava bene Del Vecchio, dalla cosiddetta *aequitas cerebrina*, equivalente all'arbitrio del giudice. Ma tale pericolo, come egli ricordava, « era stato eliminato fino dal sorgere del moderno stato di diritto; e se qualche odierna dottrina, sotto lo specioso pretesto della 'libertà' del giudice o della giurisprudenza, tende a ripristinare cotesto arbitrio, tale dottrina, sostanzialmente regressiva e, ad onta del nome, illiberale, merita d'essere respinta come avversa non solo alla citata norma di legge, ma a tutte le basi razionali del sistema vigente » (46). Qui Del Vecchio alludeva chiaramente alla Scuola del diritto libero, le cui proposte, evidentemente, non lo convincevano, come in generale, tranne talune eccezioni, non persuadevano la scienza giuridica italiana (47). Ma se questa scuola non troverà un terreno fertile in Italia, si vedrà come l'esperienza tedesca, e quella

(45) *Ibidem*.

(46) G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, cit. p. 13.

(47) Sul dibattito italiano in merito a tale scuola cfr. L. COVIELLO, *De' moderni metodi d'interpretazione della legge*, Prolusione al corso di diritto civile nell'Università di Palermo, letta il 14 gennaio 1908, Santa Maria Capua Vetere, Stab. Lito-tipografico Francesco Cavotta, 1908, pp. 6 e ss.; V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, cit., pp. 157 e ss.; F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, Napoli, Jovene, 2^a ed., 1909, §§ 78-86, 89-96; D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, SEL, 1910; F. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice*, *Prelezione al Corso di Diritto civile nell'Università di Messina*, in « Rivista del diritto civile », III, 1911, pp. 493 e ss.; ID., *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, cit., pp. 232 e ss.; G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema di diritti*, Prolusione letta nell'Università di Bologna il 3 febbraio 1903, in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, Roma, Società editrice « Foro italiano », 1930, vol. I, pp. 10 e ss., spc. p. 29; ID., *Principii di diritto processuale civile*, (*Le azioni. Il processo di cognizione*), Napoli, Jovene, 1923, 2^a ed., pp. 60-61.

più direttamente pratica della giurisprudenza creativa del buon giudice Magnaud, apriranno quanto meno una discussione e genereranno una maggiore sensibilizzazione verso l'idea di un 'giudice legislatore'. Già dalle premesse, ovvero dal dibattito sull'equità in generale, appare chiaro come tale polemica abbia una sua rilevanza pratica solo in relazione al momento processuale o arbitrale dell'equità: la nascita di figure ambigue, a metà strada tra il contenzioso ed il componimento amichevole a mezzo di un arbitro, con l'onnipresente figura del legislatore — quasi un *deus ex machina* — il quale interviene a condizionare le parti in un giudizio che è tale solo a metà, dà l'idea che l'esperienza dell'equità in Italia stava seguendo un suo caratteristico percorso, debitore solo in parte degli ordinamenti giuridici d'oltralpe.

3. *L'equità nel diritto amministrativo e nel diritto privato. La riflessione di Federico Cammeo.*

Il tema dell'equità nella Pubblica Amministrazione è affrontato da Cammeo in varie occasioni: nel *Corso di Diritto amministrativo*, la cui redazione risale agli anni 1911-14, e poi nella prolusione tenuta all'università di Bologna nel 1924. Questa prolusione si inserisce nel dibattito che, come si è visto, si stava svolgendo nella dottrina civilistica proprio in quegli anni: l'emersione della questione sociale fra la fine del secolo XIX e i primi due decenni del Novecento aveva infatti reso manifesta l'inadeguatezza della normativa contenuta nel codice civile del 1865 relativamente al rapporto di lavoro, tanto da determinare una « forte tensione » dottrinale e, in non pochi casi, giurisprudenziale, fra « legge ed equità », fra « stretto diritto ed esigenze di giustizia »⁽⁴⁸⁾. Il principio di equità entra in gioco sotto il profilo dei controlli sull'attività dell'amministrazione pubblica, controlli che potevano essere sia di merito che di legittimità. Ai controlli di merito presiedeva l'importante principio del 'minimo mezzo' — cioè raggiungere il massimo utile del-

⁽⁴⁸⁾ F. MERUSI, *L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla ricerca dei fondamenti primi della legalità sostanziale*, in « Quaderni fiorentini », 22, 1993, p. 413.

l'amministrazione col minimo sacrificio del cittadino — secondo la formula suggerita dal Romagnosi⁽⁴⁹⁾. Nel pensiero di Federico Cammeo l'equità amministrativa coincideva con questa regola⁽⁵⁰⁾, per lo meno negli anni tra il 1911-1914, anni in cui si teneva il suo Corso.

La posizione di Federico Cammeo è certamente complessa: se nel *Corso di Diritto amministrativo* aveva dichiarato che, sia pure indirettamente, l'equità è fonte del diritto, nel 1924, probabilmente influenzato dalla dottrina francese sul *détournement de pouvoir* e sull'abuso del diritto⁽⁵¹⁾, « ne amplia la nozione identificandola come un limite all'azione della pubblica amministrazione »⁽⁵²⁾.

Un altro momento fondamentale della giustizia amministrativa, attraverso il quale era possibile analizzare gli effetti dell'equità, è quello relativo all'eccesso di potere. Nel 1889⁽⁵³⁾ si introduceva — dopo e nonostante la legge abolitiva del contenzioso⁽⁵⁴⁾ — un giudice *ad hoc* per lo svolgimento di un più intenso controllo di lega-

(49) G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, in *Opere*, Firenze, Piatti, 2^a ed., 1832, t. 2, p. 17. Su questo autore rinviamo a L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, I, *Il progetto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1984, e *Uno Stato per Romagnosi*, II, *La scoperta del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1987.

(50) F. MERUSI, *L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo*, cit., p. 415.

(51) L. DUBOIS, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Paris, L.G.D.J., 1962.

(52) P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 143. Luigi RAGGI, *Contributo all'apprezzamento del concetto di equità*, cit., pp. 38 e ss., al contrario, nel 1919, proponeva una nozione di equità nell'ambito del diritto amministrativo fortemente compressa.

(53) Solo un anno prima era stato eliminato un altro giudice 'speciale' e cioè si era avuta la soppressione dei Tribunali di commercio. Sul punto v. A. PADOA SCHIOPPA, *La genesi del codice di commercio*, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, Edizioni universitarie di lettere economia diritto, 1992, pp. 152 e ss., spc. p. 180. Questo autore interpreta la soppressione dei Tribunali di commercio come espressione di una tendenza che si era già manifestata nel codice di commercio (approvato nel 1882), e cioè nel segno dell'accoglimento anche di principi ed esigenze non sempre favorevoli al ceto imprenditoriale.

(54) Sulla corrente politico-dottrinale favorevole all'abolizione del contenzioso v. B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 39 e ss.; G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, cit., pp. 206-207. Cfr. anche J.C. ESCARRAS, *Les expériences belge et italiennes d'unité de juridiction*, Paris, L.G.D.J., 1972, pp. 40 e ss.

lità sull'attività amministrativa: la IV sezione del Consiglio di Stato, infatti, veniva istituita per decidere i ricorsi per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere ⁽⁵⁵⁾. Questo profilo è ancor più interessante se si pensa che esso rappresentava una « brusca, radicale, torsione del mito del giudice unico » ⁽⁵⁶⁾. Il cosiddetto modello *di giurisdizione unica*, e la generalizzazione di tale principio, si può aggiungere, non produsse, con buona probabilità, gli effetti sperati. La necessità di salvare tale principio — « infranta in rinnovati dualismi e in delicati riparti tra competenze del giudice ordinario » ⁽⁵⁷⁾ e dei giudici amministrativi — come anche la crisi di tale unità, non riguardavano solo il contenzioso amministrativo ⁽⁵⁸⁾. Tale esperienza può essere letta come un fenomeno più ampio e capillare che concerneva anche la giurisdizione in ambito civilistico.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1970, vol. XIX, pp. 229 ss.; P. SANDEVOIR, *Etudes sur les recours de pleine juridiction*, Paris, L.G.D.J., 1964; L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, cit., pp. 226 e ss.; F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, Puf, 1995; L. LACCHÈ, *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*, Milano, Giuffrè, 1995, *passim*; S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1997; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 337. P. AIMO, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 73 e ss.; G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, Puf, 2002. Per la questione del rapporto tra equità ed eccesso di potere v. S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 286 e ss.

⁽⁵⁶⁾ L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 341. Per una ricostruzione dei modelli posti all'origine della scelta per il sistema di giurisdizione unico cfr. B. SORDI, *L'influenza tedesca*, in *Le riforme crispine*, Archivio ISAP, 6, Milano, Giuffrè, 1990, vol. II, pp. 543 e ss.; per il rifiuto del modello francese ma per un'economia dogmatica obiettivamente comune a Francia e Italia, cfr. L. MANNORI, *L'influenza francese*, in *Le riforme crispine*, cit., vol. II, pp. 578 e ss.

⁽⁵⁷⁾ L. MANNORI, B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 85.

⁽⁵⁸⁾ Su questo profilo v. L. MANNORI, *La nascita del contenzioso amministrativo in Italia* (A proposito di: P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa. Consigli di Prefettura e Consiglio di Stato nell'Italia napoleonica*, Milano, 1990), in « Quaderni fiorentini », 19, 1990, pp. 717-728; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 84-85.

Nel campo del diritto amministrativo le esigenze di equità si manifestavano attraverso la repressione di ciò che Federico Cammeo chiamava l'abuso del diritto da parte della pubblica amministrazione. Ad avviso dell'autore, nel diritto privato — dove vigeva il principio di parità dei soggetti — non era pensabile un impiego simile dell'equità, in quanto tale tutela era offerta ai cittadini contro l'amministrazione e non viceversa. Dato invece che l'amministrazione aveva enormi poteri coattivi, l'applicazione di un controllo di tal guisa avrebbe consentito il ripristino di un certo equilibrio tra essa ed i cittadini; l'abuso comprendeva infatti tutte le forme di esercizio dei diritti o dei poteri rilasciati alla pubblica amministrazione. Nella ricostruzione che Cammeo proponeva dell'equità era evidente il tentativo di attenuare « la tradizionale imponente autoritaria »⁽⁵⁹⁾ del diritto amministrativo.

Cammeo riteneva ammissibile il ricorso all'equità per regolare l'esercizio delle facoltà discrezionali dall'amministrazione. Oltre ai casi in cui l'equità aveva effetto sull'attività della Pubblica Amministrazione, e perciò sul merito, essa svolgeva un ruolo importante anche relativamente alla legittimità dell'atto amministrativo⁽⁶⁰⁾ attraverso il vizio, come si è visto, dell'eccesso di potere. La valutazione di tale vizio si effettuava sulla base della considerazione che ogni atto amministrativo doveva avere la sua causa nell'interesse pubblico o inteso in senso generale o comunque di un particolare interesse indicato dalla legge. Quando tale interesse mancava l'atto della pubblica amministrazione doveva considerarsi nullo in quanto contraveniente al principio di equità per cui non si doveva abusare del diritto in danno altrui⁽⁶¹⁾. Dunque Cammeo riteneva ammissibile l'uso dell'equità « per regolare l'esercizio delle facoltà discrezionali dall'amministrazione »⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁹⁾ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 142.

⁽⁶⁰⁾ Su questo profilo v. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1958, vol. II, pp. 157-196.

⁽⁶¹⁾ F. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, cit., p. 33.

⁽⁶²⁾ F. MERUSI, *L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo*, cit., p. 417. L. RAGGI, *Contributo all'apprezzamento del concetto di equità*, cit., pp. 40-41, pur riconoscendo che il vizio di eccesso di potere avrebbe potuto chiamare in causa il principio di equità, osservava in contrario che l'eccesso di potere era la conseguenza della

Come egli ricordava, un privato poteva, osservate certe distanze, costruire sul suo fondo un muro inutile, al solo scopo di togliere la luce al vicino e fargli un dispetto, poteva contrattare con chi voleva anche se l'altro contraente non fosse tra i più solvibili, poteva scegliere per erede il più prodigo e meno meritevole dei parenti invece di designare quello che meglio avrebbe impiegato le sue sostanze.

In tema di rapporti di vicinato fra proprietari, ricordava Cammeo, si era cercato di introdurre una limitazione equitativa vietando i così detti atti di emulazione, cioè l'uso della proprietà inutile al proprietario, e fatto solo per nuocere agli altri. Ma simile limitazione, perfettamente concepibile, tanto che essa, come diceva Cammeo, era stata accolta nel Codice civile germanico (BGB), non trovava invece fondamento nel nostro diritto civile ⁽⁶³⁾.

La differenza tra l'equità nel diritto privato e l'equità nel diritto amministrativo ⁽⁶⁴⁾, per Cammeo, era data dal fatto che nel primo caso essa muoveva dal concetto di uguaglianza, nel secondo caso dalla prevalenza dell'interesse dello Stato. Nell'ambito del diritto amministrativo, l'effetto generale delle potestà equitative si sarebbe potuto produrre in relazione al ricorso di legittimità alla IV sezione del Consiglio di Stato, per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere ⁽⁶⁵⁾.

L'equità per Cammeo era senz'altro un mezzo per risolvere le controversie: « Ma siccome bisogna attendere al caso speciale per

mancanza di un elemento posto da un principio generale ed astratto e appartenente ai principi generali del diritto amministrativo « rinforzati dall'applicazione dei principi generali circa la causa nei negozi giuridici del diritto privato ».

⁽⁶³⁾ In generale, sul tema del divieto degli atti di emulazione nella scienza giuridica italiana a cavallo tra Otto e Novecento, v. N. SARTI, *Inter vicinos praesumitur aemulatio*, cit., pp. 1 e ss., cui si rinvia per la relativa bibliografia. V. *supra*, nt. 24.

⁽⁶⁴⁾ Il confronto tra i due universi giuridici del privato e del pubblico, estremamente proficuo per l'edificazione del secondo in relazione al primo, appare come una caratteristica precipua della riflessione di Federico Cammeo; su questo profilo v. le interessanti considerazioni di B. SORDI, *Le Pandette e il diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini*, 22 (1993), pp. 207-208. Quello che emerge, attraverso l'individuazione delle analogie e delle differenze tra privato e pubblico, è un'immagine abbastanza tradizionale del privato coniugata ad alcune aperture verso la dimensione sociale.

⁽⁶⁵⁾ F. MERUSI, *L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo*, cit., p. 417.

applicare l'equità, se essa si può nelle linee direttive formulare con una norma precisa, non se ne possono sempre desumere a priori norme più precise per i singoli tipi di rapporti. La decisione vale poi per il caso risolto e non ha il carattere generale di norma [...]. In ogni modo è certo che dal ripetuto conformarsi dei subbietti alle norme d'equità e dalla giurisprudenza, che le applica coattivamente, può sorgere una consuetudine e questa consacrarsi in diritto scritto: cioè è certo che almeno indirettamente, l'equità è fonte del diritto »⁽⁶⁶⁾.

Federico Cammeo, nel *Corso di diritto amministrativo*, definisce l'equità come un complesso di principi fondamentali⁽⁶⁷⁾, inerenti alle idee morali sociali ed economiche di un dato popolo in una data epoca, che si considerano i migliori per regolare rapporti fra gli uomini o fra gli uomini e la società. A tali principi solitamente si ispirava il legislatore nel dettare le norme giuridiche scritte. Questi principi dovevano servire ad interpretare il diritto positivo e potevano essere invocati sia per correggere il diritto positivo, qualora non vi fosse corrispondenza tra questo e tali principi, sia per colmare le lacune del diritto, e cioè per andare a regolare quei rapporti che fossero privi di una disciplina. Cammeo ricordava come l'equità potesse essere *contra legem*, se si applicava per regolare i rapporti contro il disposto del diritto positivo o *praeter legem* se si applicava a rapporti dal diritto positivo non regolati. L'equità che veniva utilizzata a questi scopi doveva però essere universalmente accettata e condivisa nell'ambito dello stesso diritto positivo, anche se questo non le avesse dato completamente attuazione.

In questo senso per Cammeo ricorreva una qualche connessione fra i principi generali di diritto e l'equità: i primi ispirandosi ad essa, e l'equità non potendo essere operativa se non in quanto a quelli corrispondesse. Come questo autore ricordava, « L'equità di un ordinamento giuridico liberista o di un istituto liberisticamente disciplinato, non è uguale all'equità di un ordinamento collettivistico o di un istituto collettivisticamente regolato ». L'equità, diversamente dal diritto, sotto questo aspetto, era qualcosa di soggettivo

⁽⁶⁶⁾ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 339.

⁽⁶⁷⁾ Ivi, p. 329.

e di dipendente dalla volontà del suo autore. « Non ci può essere applicazione dell'equità se non in quanto c'è una qualche discrezionalità in chi la applica. Nel nostro diritto privato, l'equità non riceve mai applicazione *contra legem* e la riceve *praeter legem* soltanto dove dal diritto positivo è espressamente richiamata (art. 463, 1124, 1652, 1718 c.c). La cosa è alquanto diversa in diritto amministrativo »⁽⁶⁸⁾.

Nei rapporti tra Stato e cittadini, relativamente all'esercizio dei poteri discrezionali dello Stato, non disciplinati da norme di diritto positivo, poteva infatti intervenire un criterio di equità, che, garantito nella sua applicazione da particolari istituti, limitava ulteriormente *praeter legem* l'arbitrio dell'amministrazione. Premesso infatti che il diritto amministrativo si deve considerare come un insieme di comandi emanati dallo Stato per regolare la condotta « di almeno due subietti », nella prolusione, con cui Federico Cammeo sale la cattedra bolognese di diritto amministrativo, l'autore ricorda come l'equità possa essere *secundum legem*⁽⁶⁹⁾, *contra legem*⁽⁷⁰⁾ e *praeter legem*⁽⁷¹⁾. E se l'equità e il diritto positivo sono in contrapposizione, equità e giustizia sono affini, essendo l'equità la giustizia del caso concreto.

L'equità, dopo esser stata in apparenza scacciata dall'ordinamento giuridico, vi rientra, in questo scritto di Federico Cammeo,

⁽⁶⁸⁾ Ivi, p. 331.

⁽⁶⁹⁾ Ivi, p. 29: « *Secundum legem* si fa luogo a invocare l'equità, quando, essendo l'espressione letterale della legge imperfetta, e non corrispondente all'intenzione, l'interpretazione, che aderisca al nudo testo, risulterebbe in concreto ingiusta, specie per disparità di trattamento fra casi uguali, quelli previsti dalla lettera e quelli contemplati dall'intenzione. Ricorrere alla giustizia per interpretare ed applicare la legge e avvalersi dell'equità *secundum legem*, è non solo permesso, ma addirittura imposto ai giudici dal diritto positivo, è il loro più alto dovere e la loro più delicata prerogativa ».

⁽⁷⁰⁾ *Ibid.*: « *Contra legem* dovrebbe, se possibile, funzionare l'equità, quando la legge essendo chiara ed equivoca nel testo e nella intenzione, sia ingiusta nel caso concreto. Il che può avvenire o perché l'ingiustizia è fondamentalmente insita nel contenuto delle sue norme, o perché essendo la legge, nella astrattezza e generalità dei casi comuni o medi che contempla, perfettamente giusta, non lo sarebbe nella particolarità speciale del caso concreto ».

⁽⁷¹⁾ *Ibid.*: « *Praeter legem* la esigenza di equità si sente quando la legge, nel suo complesso necessariamente finito non contempli e regoli un caso o rapporto, che la infinita varietà della vita venga a presentare alla decisione del giudice ».

attraverso i principi generali del diritto che rappresentano il ‘cavallo di Troia’ con cui reintrodurre un concetto scomodo e di difficile definizione. E se il giudizio sulle giurisdizioni d’equità in tempo di guerra è negativo, mentre di scarso interesse appaiono i poteri equitativi della Corte dei Conti, « esempi sporadici di poteri d’equità affidati a giudici amministrativi permanenti », come quello di ridurre la misura della condanna dei danni nella responsabilità contabile, diversi dovevano apparire i casi di « quelle giurisdizioni amministrative che sono la G.P.A. ⁽⁷²⁾ e la IV e V Sezione del Consiglio di Stato » ⁽⁷³⁾ le quali attuavano quell’esigenza equitativa della repressione dell’abuso del diritto che non aveva « ancora trovata

⁽⁷²⁾ Le Giunte Provinciali Amministrative erano state istituite nel 1890 a completamento della riforma del Consiglio di Stato anche con funzioni di tribunali amministrativi di prima istanza. Esercitavano un delicatissimo controllo di merito sugli atti degli enti locali e funzionavano anche come « un vero e proprio giudice amministrativo ‘decentrato’, contro le cui decisioni ci si poteva appellare al Consiglio di Stato »; cfr. P. AIMO, *La giustizia nell’amministrazione dall’Ottocento a oggi*, cit., p. 72; C. MAVIGLIA, *L’istituzione della Giunta provinciale amministrativa*, in *Le riforme crispine*, cit., vol. II, pp. 343 e ss.

⁽⁷³⁾ F. CAMMEO, *L’equità nel diritto amministrativo*, p. 30. S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, Milano, Società editrice libraria, 1901, vol. III, pp. 507 e ss. Secondo Carlo LESSONA, *La giurisdizione dei probiviri rispetto al contratto collettivo di lavoro*, in « Rivista del diritto commerciale », I, 1903, I, p. 234, le decisioni della IV sezione del Consiglio di Stato avevano un’estensione analoga a quella che « potrebbero legislativamente acquistare le decisioni delle Giurie (dei probi-viri) ». E anche V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, cit., vol. III, p. 1047, sulla portata giuridica delle decisioni della IV^a sezione dichiarava: « Troviamo qui subito un’antitesi profondissima con un principio che vale circa l’autorità della cosa giudicata. È un principio notissimo: il giudicato ha valore esclusivamente fra coloro che presero parte al giudizio; esso non può essere invocato né a favore né in danno di un terzo. Diciamo subito che non solo questa regola non si applica alle decisioni della IV^a sezione, ma vale precisamente una opposta ». Come faceva notare Lessona, Orlando non alludeva alle funzioni creative del diritto spettanti a tale organo in materia di pubblico impiego, ma tuttavia a suo avviso questa funzione poteva essere considerata come presente. Sui ricorsi alla G.P.A. e alla IV e V sezione del Consiglio di Stato, v. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1979, p. 89; A. CORPACI, *La giurisprudenza del Consiglio di stato*, in *Le riforme crispine*, cit., vol. II, pp. 77 e ss.; G. ABBAMONTE, R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1997, pp. 20 e ss.

soddisfazione nel nostro ordinamento privato » (74). L'uso dell'equità nel diritto amministrativo, ed in particolare di un'equità *praeter legem*, per reprimere la fattispecie dell'abuso del diritto, in caso di abuso dell'amministrazione verso i cittadini e mai nel caso contrario, esprimeva in Cammeo quella consapevolezza del carattere autoritativo del diritto amministrativo e la volontà di un suo temperamento, e cioè la dialettica tra autorità e libertà così centrale nel dibattito scientifico tra la fine del secolo XIX ed il primo ventennio del Novecento. L'origine della regola contraria agli abusi della pubblica amministrazione andava trovata nel sistema dei ricorsi gerarchici, allo scopo di verificare se sussisteva quella necessaria corrispondenza e proporzione tra utile pubblico e sacrificio del privato. Quindi l'istituzione del ricorso alla G.P.A. e alla V sezione del Consiglio di Stato, sempre per sindacato di merito: « perciò, implicitamente esse furono costituite in proposito come giurisdizioni di equità » (75). E così l'ipotesi del ricorso ordinario di legittimità alla IV sezione del Consiglio di Stato, per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere appariva a Federico Cammeo come una ricaduta dell'efficacia generale della potestà equitativa. Non era possibile comprendere cosa esattamente, durante i lavori parlamentari, dice Cammeo, si intendesse con l'espressione « eccesso di potere »: ma sulla base della giurisprudenza francese che aveva ammesso un esame dell'abuso del diritto (*détournement de pouvoir*) (76), la IV sezione andava a sviluppare la dottrina dello

(74) F. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, cit., p. 30.

(75) Ivi, p. 32.

(76) Sull'esperienza francese cfr. in particolare L. IMBERT, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir. 1872-1900*, Paris, Dalloz, 1952; P. LAMPUE, *Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XIX siècle*, in « Revue internationale des sciences administratives », 2, 1954, pp. 359-392; P. LANDON, *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, Paris, L.G.D.J., 1962; P. SANDEVOIR, *Etudes sur les recours de pleine juridiction*, Paris, L.G.D.J., 1964; F. BASSI, *Lo straripamento di potere (profilo storico)*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 2, 1964, pp. 245-348; J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, L.G.D.J., 1970; L. MANNORI, *L'influenza francese*, in *Le riforme crispine*, cit., vol. II, pp. 575-590; F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, Puf, 1995; L. LACCHÈ, *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Otto-*

sviamento di potere. Se ogni atto amministrativo deve avere causa in un pubblico interesse, è chiaro quali possano essere le conseguenze di tale principio. Quando la legge taceva, aggiungeva Cammeo, era sufficiente un interesse pubblico di qualsiasi specie; altrimenti, quando la legge indicava il tipo di interesse da soddisfare, l'atto doveva avere causa in quel tipo di interesse. Ma se poi risultava che l'interesse mancava del tutto, l'atto era nullo. In tutti questi casi l'amministrazione, secondo Cammeo, contravveniva « al principio di equità, che non devesi abusare del diritto a danno d'altri. Dicono gli autori francesi che è offesa la moralità amministrativa » (77). E l'abuso del diritto, faceva notare Cammeo, nell'ambito amministrativistico, andava sanzionato indipendentemente dal ricorrere del dolo cioè dall'intenzione dolosa di arrecare danno ad altri: era sufficiente l'oggettiva non corrispondenza tra l'atto e l'interesse pubblico. « Così », chiosava Cammeo, « la dottrina amministrativa dell'abuso ha sorpassata non solo quella civilistica nostra, ma anche le nostre aspirazioni di riforma in materia civile che non vanno oltre la repressione dell'abuso doloso, ha sorpassato il sistema del Codice civile germanico che esige il dolo (§ 226) ed è giunta senz'altro al principio massimo formulato nell'art. 2 del Codice civile svizzero, che appunto considera abuso qualunque esercizio di diritto senza utilità propria e danno altrui » (78).

L'equità appare, in questa ricostruzione, quasi come un limite volto a difendere il cittadino di fronte alla discrezionalità ammini-

cento, cit.; S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in Id. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, *Diritto amministrativo generale*, t. I, Milano, Giuffrè, 2000; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 225 e ss.; G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, Puf, 2002.

(77) F. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, cit., p. 33.

(78) *Ibidem*. Sull'articolo 2 v. P. CARONI, *Florilegium*, in *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 263, « Ognuno è tenuto a decidere secondo la buona fede così nell'esercizio dei propri diritti come nell'adempimento dei propri obblighi. Il manifesto abuso del proprio non è protetto dalla legge ». Sul codice svizzero v. ID., *Lezioni catalane, Lezione sesta. Un rapido sguardo al codice civile svizzero del 1907*, in *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., pp. 77 e ss. Sul codice civile tedesco (BGB) e su quello svizzero v. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno, con particolare riguardo alla Germania*, cit., pp. 177 e ss. e pp. 207 e ss.

strativa ⁽⁷⁹⁾: l'universalità della giurisdizione aveva prodotto il mito della giurisdizione unica ma questo andava conciliato col fatto che l'amministrazione era pur sempre un potere e godeva di una sfera di libertà « assicurata per legge » ⁽⁸⁰⁾. Il discorso si complica notevolmente, nel momento in cui sembra che l'equità serva come una sorta di baluardo posto proprio contro la garanzia dell'universalità giurisdizionale e le sue cattive applicazioni. E la specialità giurisdizionale ⁽⁸¹⁾ si ripropone 'alla chetichella', camuffata grazie alle sue molteplici e possibili declinazioni. Non si trattava ovviamente di un cammino all'indietro: il pluralismo giurisdizionale che poteva essere suggerito dall'applicazione di criteri equitativi era al contrario il frutto del moderno Stato liberale di diritto. Gli equilibri interni a quest'ultimo conducevano in certi casi a preferire la via della giurisdizione speciale piuttosto che modificare in maniera sensibile il codice eterno ed immutabile, cioè il codice civile del 1865. Nella materia del diritto amministrativo, inoltre, occorre tenere presente la specificità del ruolo dell'equità e il peculiare significato del principio di unità della giurisdizione. A parte alcune deroghe ad esso,

⁽⁷⁹⁾ Concetto questo che, anche grazie all'elaborazione concettuale di Federico Cammeo, aveva trovato degli sviluppi molto importanti. B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., p. 420, ricorda come « la discrezionalità non è più il simbolo dell'autonomia degli apparati, il frutto di un potere di apprezzamento dell'interesse collettivo che l'amministrazione conquista 'quasi per potere proprio, in virtù della sua propria forza', ed è reinserita rigorosamente in una logica che nega l'originalità dell'ordinamento amministrativo, che richiede la predeterminazione normativa dell'interesse pubblico causa dell'atto e che su tale conformità esige l'accertamento del giudice ». Questo concetto di discrezionalità in realtà potenzia il ruolo del giudice.

⁽⁸⁰⁾ L. MANNORI, B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., p. 84.

⁽⁸¹⁾ Per la giurisdizione speciale amministrativa come foro privilegiato v. F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla Giustizia amministrativa*, I, *Ricorsi amministrativi. Giurisdizione ordinaria*, Milano, Vallardi, s.d., p. 321: « ... la giurisdizione speciale amministrativa, sia per la sua origine storica... sia per la scarsa indipendenza dei suoi giudici, sia perché si estendeva a questioni di diritto civile fra stato e cittadini, che nessuna ragione vera induceva a sottrarre ai tribunali ordinari, apparì per molto tempo come un foro speciale, privilegiato, che era bene comprendere nello stesso anatema, che gli altri fori speciali e distruggere con essi. Oramai, però, siffatte esagerazioni hanno ceduto dinanzi ad una più serena e scientifica visione delle cose ». Cfr. anche L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di Procedura Civile*, vol. I, *Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano, Vallardi, s.d., p. 61.

per cui certe contestazioni erano rimesse a giurisdizioni speciali, la preferenza che era stata accordata al giudice ordinario rispondeva in realtà ad un'idea di contenzioso meno autoritario e maggiormente garantista ⁽⁸²⁾, su ispirazione, almeno in origine, del modello belga ⁽⁸³⁾. Proprio l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato rappresentava un sostanziale ripensamento del modello di giurisdizione unica ⁽⁸⁴⁾ e proponeva la delicata questione della discrezionalità amministrativa e l'importanza di una verifica rispetto all'ipotesi di un uso arbitrario delle facoltà amministrative ⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸²⁾ A. PUBUSA, *Il dibattito dottrinale prima delle leggi del 1889-90*, in *Le riforme crispine*, cit., vol. II, p. 242, esamina i rapporti tra il principio di giurisdizione unica ed i due principi, poi considerati prevalenti, della minorità degli interessi tutelati e del divieto di annullamento degli atti amministrativi da parte del giudice ordinario: « mentre nel '65 la minorità degli interessi rispetto ai diritti era conseguente ad un'impostazione privatistica del diritto amministrativo, che poneva al centro del sistema il diritto soggettivo modellato sullo schema della proprietà, nel dibattito degli anni '80 essa viene ricondotta al carattere differente ed autoritativo degli atti amministrativi, sul quale la dottrina inizia a fondare la specificità del diritto amministrativo rispetto al diritto privato ». Proprio la centralità e staticità dei diritti soggettivi, ancorati al paradigma della proprietà, saranno i presupposti per la devoluzione alla sfera dell'amministrazione dei nuovi interessi che esulavano rispetto allo schema della proprietà. In questo modo si affermavano e assumevano un carattere prevalente le esigenze dell'industria e dell'impresa rispetto a quelle della proprietà immobiliare e ciò attraverso l'intervento dello Stato. « In questo quadro, paradossalmente, il rigido ancoraggio agli schemi concettuali sottesi alla legge del '65 impedisce di salvarne il progetto di affermazione della giurisdizione unica, il quale per radicarsi... aveva al contrario necessità di una forte elasticità... nel recepire entro lo schema dei diritti quanto di socialmente e giuridicamente rilevante l'accentuato dinamismo sociale di quegli anni andava evidenziando... Ecco perché la preminenza della giurisdizione unica e di una prospettiva paritaria non poteva fondarsi sulla proprietà... ma sugli interessi che nascevano » (p. 243).

⁽⁸³⁾ P. AIMO, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, cit., p. 58. V. anche J. ESCARRAS, *Les expériences belges et italiennes d'unité de juridiction*, cit. Sul modello belga seguito dal legislatore del 1865 ma poi 'tradito' v. U. ALLEGRETTI, *Introduzione a Le riforme crispine*, vol. II, cit., p. 27.

⁽⁸⁴⁾ Ripensamento che peraltro non rappresentava necessariamente un'evoluzione: A. PUBUSA, *Il dibattito dottrinale prima delle leggi del 1889-90*, in *Le riforme crispine*, cit., vol. II, p. 244, anzi ritiene che la prospettiva liberale risulti solo apparentemente rafforzata rispetto al '65: con l'introduzione di forme di giustizia nell'amministrazione, al contrario, si sarebbe imboccata una strada « involutiva e conservatrice ».

⁽⁸⁵⁾ Significativo, in questo senso, il discorso preparato da Silvio Spaventa, in

4. *Il « buon giudice » e l'equità nella scienza giuridica italiana.*

Il dibattito in Italia sulla questione della funzione creativa del diritto da parte del giudice è caratterizzato da tendenze non univoche, pur innervate da un'esigenza di ermeneutica che si coniugava con l'idea di un rapporto diverso e più libero tra il giurista e la legislazione⁽⁸⁶⁾. Il sociale emergeva con le sue rinnovate esigenze e le sue pressioni e con i suoi contrasti laceranti. Inevitabile diveniva dunque il confronto con altre realtà, specie quella dell'esperienza francese con Saleilles e Gén \acute{e} y e con quella del *freies Recht*. In particolare, ciò che si affrontava con occhi nuovi e con una certa insoddisfazione rispetto ai lacci del codice era il ruolo dell'interprete e il problema del rapporto tra interpretazione e fonti del diritto⁽⁸⁷⁾.

Indubbiamente, era già in atto una tendenza che Gén \acute{e} y definisce *le combat doctrinal pour la m \acute{e} thode juridique*, e che rappresenta, per sua stessa ammissione, un movimento di idee che si era sviluppato in Francia e in Belgio agli inizi del XX secolo, relativamente alle fonti e al metodo del diritto, di stampo prevalentemente dottrinale, anche grazie alle riflessioni compiute parallelamente in Germania sull'opportunità di un codice civile. In apparenza, queste speculazioni non avevano prodotto alcun risultato in merito all'attività giurisprudenziale, secondo Gén \acute{e} y, se si eccettuava l'esperienza del *phénomène Magnaud*, « qui est resté indépendant et a eu plutôt un caractère pathologique »⁽⁸⁸⁾. Ma solo una concezione ottusa e

occasione dell'inizio dei lavori della IV sezione e mai pronunciato. Sul punto v. B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., pp. 205 e ss.

⁽⁸⁶⁾ P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Gén \acute{e} y e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 20, 1991, pp. 395-398.

⁽⁸⁷⁾ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 104-105.

⁽⁸⁸⁾ F. G \acute{E} NY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, [1899] Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1919, t. II, p. 235. V. A. TANZI, *François Gén \acute{e} y tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 15 e ss.; P. GROSSI, *Ripensare Gén \acute{e} y*, ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 143 e ss., spc. p. 170; AA.VV., *Mythe et réalités: 1899-1999, Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Paris, Dalloz-Bruyant, 2000; G. ALPA, *La cultura delle regole Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 239, ricorda come con Gén \acute{e} y « l'interprete si riappropria delle sue responsabilità ».

meramente empirica della giurisprudenza poteva condurre a ritenere che si potesse fare a meno della dottrina che a suo avviso era in grado di svolgere, con la sua perspicacia e capacità di sintesi, una funzione di orientamento e infine di guida della giurisprudenza. Una giurisprudenza che Gény definisce *sagementement progressiste*.

Resta da chiarire quale spazio venisse lasciato all'equità nel pensiero di questo autore e nell'ambito della riflessione sul ruolo dell'interprete. E se questi non aveva semplicemente « un rôle purement récepteur ou méccanique » occorre precisare di quale estensione potesse godere la sua attività *personnelle*. E così nell'interpretazione fornita da Gény la ricerca che si impone al giudice è della stessa natura di quella che spetta al legislatore sul piano della scoperta del diritto: è in relazione a questo profilo che riemerge l'utilità del ricorso all'equità. Facendo riferimento ad una concezione dell'equità di stampo aristotelico — cioè intesa come la giustizia del caso concreto — occorre che il giudice si fosse pronunciato, qualora ricorresse il silenzio della norma, come avrebbe fatto il legislatore. In queste ipotesi l'equità era lo strumento a cui fare ricorso⁽⁸⁹⁾. Tuttavia, se la consacrazione di questa idea non avveniva in Francia ma in Svizzera con l'art. 1, comma secondo del codice civile del 10 dicembre 1907⁽⁹⁰⁾, occorre, secondo Gény,

(89) F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, cit., p. 78, nt. 1.

(90) Il Capitolo III della *Méthode* nell'edizione del 1919 contiene una trattazione piuttosto dettagliata dei poteri del giudice secondo il Codice civile svizzero del 1907. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, cit., p. 309: « ce n'est pas la première fois, assurément, qu'un législateur s'avise de prévoir les problèmes de l'interprétation et d'en tracer impérativement quelques lignes directrices. Et notamment, quand on examine, de ce point de vue, la plupart des codifications civiles modernes, depuis l'Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, de 1794, jusqu'au Code civil allemand, de 1896 et à l'Avant-projet de Code civil hongrois, on arrive presque toujours, à découvrir, soit dans les projets successifs de leur élaboration, soit dans les textes définitivement votés et promulgués, des prescriptions, plus ou moins nettes, tendant, sous couleur de faciliter la tâche du juge, à diriger l'application du droit en quelque sens déterminé ». In realtà Gény legge nell'art. 1 delle disposizioni preliminari del codice civile svizzero — al di là dell'evidente ampiezza del potere discrezionale riconosciuto al giudice — una volontà di regolare tutti i dettagli della vita giuridica. Egli si dimostra perfettamente in grado di comprendere i limiti di questa esperienza,

precisare che l'interprete doveva sfuggire ai rischi dell'arbitrario: *libre recherche scientifique* significava svolgimento di un'attività che portasse ad una decisione giuridica sulla base di elementi di natura oggettiva che venivano suggeriti all'interprete dalla scienza.

Tutta la riflessione dottrinale italiana che accoglie l'idea dell'equità come strumento anche del giudice oltre che del legislatore sarà volta ad evidenziare proprio questo concetto e cioè che l'uso dell'equità come strumento di ermeneutica non si traduceva automaticamente in arbitrio del giudice. Si trattava piuttosto di realizzare una sorta di adattamento delle regole latenti del diritto ai differenti fatti della vita sociale. E così Géný, pur non negando un ruolo all'equità, finisce per concepire un giudice interprete della norma che resti all'interno di questi confini e non si spinga nei tortuosi ambiti della « jurisprudence de sentiment »⁽⁹¹⁾. Interpretando le nuove tendenze di stampo 'modernista', il presidente del tribunale di prima istanza di Château-Thierry, Paul Magnaud⁽⁹²⁾,

specie in relazione alla magistratura: una tale riforma, per funzionare avrebbe avuto bisogno di « une magistrature... indépendante et hautement cultivée », mentre l'immagine dei magistrati non sembrava corrispondere a tale descrizione. « Dans ce pays fédéral, à moeurs simples et à tendances égalitaires, le système de l'élection, combiné avec l'introduction d'éléments non professionnels dans la judicature, a constitué, du moins pour les tribunaux inférieurs, un corps de juges offrant de médiocres garanties d'impartialité » (p. 324); M. GMÜR, *Die Anwendung des Rechts nach art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli et c., 1908, § 1, pp. 5 e ss.; v. P. CARONI, *Lezione sesta. Un rapido sguardo al codice civile svizzero del 1907. Le Lezioni catalane*, in *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., pp. 82-83. Cfr. anche, sull'opera di interpretazione dell'art. 1 disp. prel. dello ZGB svizzero, M. MECCARELLI, *Un senso moderno di legalità*, cit., p. 469, il quale parla di un 'travisamento' strumentale, e P. CARONI, *Anton Menger ed il codice civile svizzero del 1907*, in « Quaderni fiorentini », 3/4, 1974-75, pp. 276 e ss. Più in generale, su tale codice v. le considerazioni di G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenze delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato*, [1906], a cura di P. UNGARI, Milano, Giuffrè, 1980, p. 247; G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., pp. 232-236; ID., *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 4 e 34.

⁽⁹¹⁾ Per cui v. L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Geisteswissenschaften*, Berlin, J. Guttentag, 1907, § 6, I, pp. 110-111.

⁽⁹²⁾ Figlio di un funzionario delle finanze, Paul Magnaud nacque a Bergerac nel 1850. Fu giudice istruttore a Montdidier, Senlis, Amiens e poi nel 1887 divenne presidente del tribunale di Château-Thierry e tale rimase, fino a quando nel 1906 fu eletto deputato radical-socialista a Parigi. V. E. LEYRET, *Introduzione a Paul MAGNAUD, Le sen-*

destava l'interesse di molti ⁽⁹³⁾, per la realizzazione di una giurisprudenza di stampo veramente creativo ed equitativo, rispondente ai bisogni urgenti della questione sociale ⁽⁹⁴⁾. Interesse ma non certo apprezzamento corale, se si considerano le riflessioni di Gény su questo 'esperimento'. « Verso il phénomène Magnaud Gény non ha alcun movimento simpatetico » ⁽⁹⁵⁾ anche se esso rappresenta una delle tappe del suo ragionamento sul metodo scientifico ed i suoi possibili sviluppi ⁽⁹⁶⁾.

È così, secondo Gény, alcuni giudizi del Presidente Magnaud avevano almeno il merito di aver tentato di introdurre elementi eterogenei nel diritto positivo francese, elementi che in alcuni casi saranno a base della nuova legislazione, a fronte di una giurisprudenza ed una dottrina fisse ed immobili. Ciò non solo nell'ambito della giuslavoristica, con il riconoscimento del diritto dell'operaio in caso di incidente sul lavoro ad un'immediata indennità provvisoria, e questo prima della legge del 9 aprile 1898, ma anche in ma-

tenze del presidente Magnaud riunite e commentate da Enrico Leyret tradotte ed annotate dall'Avv. Raffaele Majetti, S. Maria Capua Vetere, Cavotta, 1901, p. 24, nt. 81; N. BOBBIO, *Magnaud, Paul*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, Utet, 1964, vol. X, p. 49.

⁽⁹³⁾ Sarà Raffaele Majetti, come è stato opportunamente notato, a tradurre ed annotare già nel 1901 le sentenze del *bon juge* Paul Magnaud, come anche a tradurre il libro di H.U. KANTOROWICZ (GNAEUS FLAVIUS), *La lotta per la scienza del diritto*, cit., con prefazione e note del giudice R. MAJETTI. Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 105 e soprattutto R. WEIL-M. PICARD WEIL, *Socialisme et justice dans la France de 1895: le « bon juge Magnaud »*, in « Quaderni fiorentini », 3-4, 1974-75, pp. 367 e ss.; P. GROSSI, *Il 'coraggio della moderazione' (specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)*, cit., pp. 104-105.

⁽⁹⁴⁾ Per l'interpretazione del ruolo del presidente Magnaud e le percezioni della sua attività in Italia v. R. MAJETTI, *Introduzione a Paul MAGNAUD, Le sentenze del presidente Magnaud*, cit., pp. VII e ss. Su Raffaele Majetti, giudice del tribunale di Cambasso, v. P. GROSSI, « *Il coraggio della moderazione* », cit., p. 104, nt. 146.

⁽⁹⁵⁾ P. GROSSI, *Ripensare Gény*, cit., p. 174.

⁽⁹⁶⁾ Anche la comparazione, nel suo pensiero, poteva divenire utile strumento di interpretazione; sul punto v. E. LAMBERT, *Fonction du droit civil comparé*, Paris, Giard & Brière, 1903, t. I, *Les conceptions étroites ou unilatérales*, pp. 174-199, e ID., *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, à propos du livre de F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, in « Revue internationale de l'enseignement », XL, 1900, pp. 216-243. Cfr. C. PETIT, *Lambert en la Tour Eiffel o el derecho comparado de la belle époque*, in AA.VV., *La comparazione giuridica tra Otto e Novecento: 6 novembre 1998*, Milano, Istituto Lombardo di scienze e lettere, 2001, pp. 53-98.

teria penalistica, dove veniva scriminata la fattispecie del ladro di pane mosso da una fame irresistibile⁽⁹⁷⁾. L'originalità di Magnaud stava dunque in questo caso nell'aver riempito di un contenuto sociale⁽⁹⁸⁾ il concetto di necessità.

Senza dubbio Paul Magnaud è il magistrato che « più incarna — a fine Ottocento — la figura del giudice d'equità, dell'interprete disinvolto della legge per supreme ragioni equitative »⁽⁹⁹⁾. Quasi abbagliato, ma si trattava di un fenomeno pressoché isolato, dalla peculiarità dell'esperienza del giudice Magnaud, impregnato delle risultanze dell'incontro tra il socialismo e la giustizia, era il suo traduttore italiano, e cioè Raffaele Majetti. Ai suoi occhi Magnaud appariva come un esempio di rettitudine, con la sua capacità di mediare tra « la ragione inesorabile del *summum jus* e le umane esigenze dell'equità »⁽¹⁰⁰⁾. Le sentenze del giudice Magnaud, ispirate ad un vivo senso di equità che si potrebbe definire quasi *sociale*, vennero difese in maniera appassionata da Enrico Leyret che ne introduceva la raccolta con un'arringa tanto affettuosa verso l'esperienza Magnaud quanto acre e fors'anche banale nella ripetizione

(97) F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, cit., pp. 296-297. Si trattava della fattispecie dello stato di necessità su cui interveniva il socialismo giuridico; v. V. OLIVIERI, *I bisogni elementari e le responsabilità del furto necessario*, in « La scuola positiva nella giurisprudenza penale », VIII, 1898, pp. 270-280. Il saggio di Olivieri è citato da Majetti a commento di alcune decisioni del giudice Magnaud: è evidente l'uso che di questa esperienza fanno i giuristi italiani, modellandola sulle proprie correnti dottrinali. Sul socialismo giuridico e le sue ricadute v., per tutti, M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, in « Quaderni fiorentini », 3-4, 1974-75, *Il 'Socialismo giuridico'. Ipotesi e letture*, t. I, p. 560: in generale, si trattava di giuristi che « valorizzavano il rapporto tra società e scienza e rivolgevano l'attenzione a due momenti: quello legislativo che implicava l'inchiesta sociale e lo studio del fenomeno criminale e quello di una riflessione sul penale che non sia solo tecnica o metodologica. Si trattava di giuristi mossi da un'esigenza sociale: è così che possono essere collocati all'interno della tendenza darwinisti come Cogliolo o Vadalà Papale, solidaristi come Salvioli, evolucionisti come D'Aguanno, democratici repubblicani come Colajanni, crispini come Cimbali negli anni Ottanta o Vaccaro negli anni Novanta ».

(98) R. WEIL-M. PICARD WEIL, *Socialisme et justice dans la France de 1895: le « bon juge Magnaud »*, cit., p. 367.

(99) P. GROSSI, *Ripensare Gény*, cit., p. 173.

(100) R. MAJETTI, *Introduzione a PAUL MAGNAUD, Le sentenze del presidente Magnaud*, cit., p. VII.

dell'immagine della magistratura nella veste dell'orrido Grippeminaud, creatura dalle mani insanguinate e dalle dita unghiate che usa le leggi come tele di ragno per catturare « moscherini e farfallette » mentre le grosse zanzare malefiche vi passano indenni ⁽¹⁰¹⁾.

Faceva da contraltare l'immagine del giurista offerta da Kantorowicz: un funzionario governativo « materiato di coltura accademica, chiuso nella sua cella ed armato soltanto d'una finissima macchina pensante. Unico mobile, uno scrittoio sul quale gli sta davanti il Codice statale della legge ». Di fronte ad un caso qualunque ecco questo giurista risolverlo con operazioni logiche e con una tecnica da lui solo intellegibile, secondo le decisioni del codice predeterminate dal legislatore ⁽¹⁰²⁾. Ma prima di Kantorowicz, Franz Adickes (*Zur Lehre von den Rechtsquellen insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht*, Cassel, Wigand, 1872), Josef Kohler (*Shakespeare vor der Forum der Jurisprudenz*, Würzburg, Stahel, 1883, e *Über die Interpretation von Gesetzen*, in « Zeitschrift für privat-und öffentliche Recht der Gegenwart », XIII, 1886, pp. 1-61), Oskar Bülow (*Gesetz und Richteramt*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1885) ⁽¹⁰³⁾, come anche l'ultimo Jhering (*Der Kampf um's Recht*, Wien, Manz, 1872) ⁽¹⁰⁴⁾ e G. Rümelin (*Werturteile und Willensentscheidungen im Civilrecht*, Freiburg, Lehmann, 1891), per citarne solo alcuni ⁽¹⁰⁵⁾,

⁽¹⁰¹⁾ E. LEYRET, *Introduzione a Paul MAGNAUD, Le sentenze del presidente Magnaud*, cit., p. 4. Sui vari modi di intendere la funzione del giudice v. G. ALPA, *L'arte di giudicare*, cit., pp. 3 e ss.

⁽¹⁰²⁾ H.U. KANTOROWICZ (GNAEUS FLAVIUS), *La lotta per la scienza del diritto*, cit., p. 57.

⁽¹⁰³⁾ O. BÜLOW, *Legge e ufficio del giudice*, in « Quaderni fiorentini », 30, 2001, t. I, pp. 199-254.

⁽¹⁰⁴⁾ Sul legame tra Jhering e gli sviluppi del giusliberismo, incentrato sullo scopo della norma e sul rapporto giuridico come confronto di interessi, v. M. MECCARELLI, *Un senso moderno di legalità*, cit., p. 443, nt. 205.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 104.; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, (1960), trad. italiana, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 83; L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 201-370; P. GROSSI, *Stile fiorentino: gli studi giuridici nella Firenze italiana, 1850-1950*, Milano, Giuffrè, 1986; M. BARBERIS, *L'evoluzione nel diritto*, Torino, Giappichelli, 1998; P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*,

sembravano avviarsi verso una riflessione comune, tenendo conto delle specificità di ciascun autore ⁽¹⁰⁶⁾. Punto di partenza di tale movimento ⁽¹⁰⁷⁾ era una nuova concezione del diritto naturale ⁽¹⁰⁸⁾ che si presentava con caratteri completamente diversi, legati alle condizioni storiche di un popolo, e dunque in parte connessi alla Scuola storica, e in parte a concetti di stampo evoluzionistico ⁽¹⁰⁹⁾. L'idea di un rinnovato diritto naturale si diffonde, come ricordava Raffaele Majetti, tra gli autori italiani con un contenuto del tutto

Milano, Giuffrè, 2002. Un vero e proprio 'trattato' su tali orientamenti era stato offerto da D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, cit. Interessante, a questo proposito, anche la sintesi di F. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice*, cit., pp. 493 e ss., leggibile anche nel *Trattato di diritto civile italiano*, cit., pp. 232-239. Cfr. anche G. DE MONTEMAYOR, *Storia del diritto naturale*, Milano, Sandron, 1910; G. CIMBALI, *Ragione e libertà: nuovi saggi di filosofia sociale e giuridica*, Torino, Utet, 1912; W. CESARINI SFORZA, *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », LIV, 1913, pp. 41-56.

⁽¹⁰⁶⁾ Se pure gli autori citati si avvicinavano alla sensibilità giusliberista, alcuni di loro presero apertamente le distanze rispetto ai *Freirechtler*: è il caso di Kohler; su questo profilo, v. M. MECCARELLI, *Un senso moderno di legalità*, cit., pp. 444-445 e L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 214-216: « In realtà non è possibile dubitare di una profonda ispirazione comune, più importante dei dissensi, e negando la quale si perde di vista la forza del movimento e la sua più durevole conquista. In particolare, non mi sembra possibile considerare l'*Interessenjurisprudenz* come un fenomeno indipendente, da porre accanto alla *Freirechtbewegung*. Da un punto di vista storico, vi è stato certamente un periodo in cui lo spirito rinnovatore operava ancora allo stato disperso, 'soffiando dove voleva' » (p. 214).

⁽¹⁰⁷⁾ Importante è la lettura che F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, cit., pp. 330 e ss., ha fatto del movimento del *freies Recht*.

⁽¹⁰⁸⁾ H.U. KANTOROWICZ (GNAEUS FLAVIUS), *La lotta per la scienza del diritto*, cit., p. 67; E. NEUKAMP, *Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts*, Berlin, Heymann, 1895; C. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, *Das Naturrecht der Gegenwart*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1892, pp. 323 e ss. Sulla polemica intorno al diritto naturale v. G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, cit., pp. 7-8. Cfr. A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 220-221, nt. 19.

⁽¹⁰⁹⁾ Per questo profilo v. F. MARIONI, *L'equità e la sua funzione nei giudizi*, cit., pp. 497-498, il quale sintetizza le principali correnti che avevano combattuto il giusnaturalismo e le sue 'esagerazioni', in alcuni casi proponendo nuovi concetti di diritto naturale: a partire dalla Scuola storica egli passa in rassegna il positivismo, l'evoluzionismo, il neo-idealismo critico, per chiudere con il materialismo storico di Achille Loria e la centralità del fattore economico.

nuovo ⁽¹¹⁰⁾ — Leonardo Coviello la definirà una concezione positiva ⁽¹¹¹⁾ del diritto naturale legata all'indirizzo realistico o positivo in Germania, mentre Polacco parlerà di un diritto naturale sociale ⁽¹¹²⁾ — e di solito si associa alla riflessione sui principi generali del diritto e al loro rapporto con l'equità. A prevalere pare tuttavia il gruppo dei detrattori della *freie Rechtsfindung*; sarà Francesco Ferrara nel suo *Trattato di diritto civile* a ricordare che il diritto non può essere come « la canna al vento »: « Siamo noi dunque col nostro sentimento d'equità divenuti così nevrastenici da non poter sopportare il necessario rigore di sottoporre il caso singolo alla regola giuridica? » ⁽¹¹³⁾. Merito indiscusso tuttavia di questa scuola, come ricorderà Leonardo Coviello, sarà quello di aver messo in crisi il pregiudizio per cui non sarebbe esistito altro diritto all'infuori di quello dello Stato ⁽¹¹⁴⁾.

Apparentemente minoritaria, la dottrina italiana più sensibile verso le esigenze di un diritto (civile) più improntato ad un senso di equità trova espressione non tanto in un riconoscimento ufficiale dell'equità tra le fonti del diritto: tuttavia, come ricorderà Raffaele Majetti, « ormai è un *ius receptum* l'applicazione dell'art. 1151 cod. civ. ai casi di seduzione: quasi un sostitutivo, sebbene tenue, al di-

⁽¹¹⁰⁾ R. MAJETTI, *Nota a GNAEUS FLAVIUS (H.U. KANTOROWICZ), La lotta per la scienza del diritto*, cit., nt. 1, pp. 67-68; B. BRUGI, *Senso giuridico romano e senso moderno di legalità* in « Atti del Real Istituto veneto di Scienze lettere e arti », a.a. 1898-1899, LIX, 1900, II, pp. 425-440; G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, cit., pp. 7 e ss.; V. MICELI, *I principi generali del diritto*, in « Rivista di diritto civile », XV, 1923, p. 32.

⁽¹¹¹⁾ L. COVIELLO, *De' moderni metodi d'interpretazione della legge*, cit., p. 29.

⁽¹¹²⁾ Citando la frase di Giandomenico ROMAGNOSI, *Della spropriaazione forzata in causa di pubblica necessità*, in *Opere*, Firenze, Piatti, 1883, t. V, pp. 197-199.

⁽¹¹³⁾ F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, cit., p. 234. Inoltre V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, cit., pp. 157 e ss., e *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, in *Opere minori*, Parte II, *Tendenze scientifiche e didattiche della scuola italiana di diritto civile dopo il 1850*, Modena, Presso l'università degli studi, 1929, p. 14; L. COVIELLO, *De' moderni metodi di interpretazione della legge*, cit., *passim*; D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 175 e ss.; G. PACCHIONI, *I poteri creativi della giurisprudenza*, in « Rivista del diritto commerciale », X, 1912, p. 40.

⁽¹¹⁴⁾ L. COVIELLO, *De' moderni metodi d'interpretazione della legge*, cit., p. 22; W. CESARINI SFORZA, *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », LIII, 1913, pp. 49 e ss.

vieto di ricerca della paternità »⁽¹¹⁵⁾. Così, il lavoro dell'interprete dava alla norma vigente « un senso più umano e più equo ».

Come è evidente, nella scienza giuridica italiana il modello francese e quello di area germanica offerto dalla Scuola del diritto libero vengono filtrati anche attraverso il dibattito sull'equità, che se ne nutre, sia pure in maniera indiretta e trasversale. Ad esempio, Giuseppe Maggiore prenderà le distanze sia dall'eredità della Scuola storica, sia dagli eccessi della Scuola del diritto libero. La prima avrebbe commesso l'errore di avere paura dell'arbitrio del legislatore e quindi l'avrebbe bandito dal « regno del diritto », riconoscendo cittadinanza solo « al costume e alla consuetudine »⁽¹¹⁶⁾.

La seconda invece avrebbe abusato del concetto di creazione. E « La parola creazione fa di solito spiritare i giuristi, che temono, una volta lasciato il giudice libero di decidere secondo equità, il sovvertimento dello Stato moderno incardinato sulla distinzione dell'attività giurisdizionale dall'attività legislativa »⁽¹¹⁷⁾. Infatti, la Scuola del diritto libero, attraverso varie sfumature, che andavano dall'applicazione del diritto naturale, fino alla determinazione del diritto secondo la stima degli interessi, e fino alla libera creazione del diritto ad arbitrio dell'interprete, divagava intorno al concetto speculativo di creazione, perdendosi, secondo Maggiore, in un piatto empirismo. Il potere dell'interprete invece doveva svolgersi necessariamente « entro il limite della necessità storica della vita del diritto, col che si evita l'arbitrio individuale ». Anche Kantorowicz, secondo Giuseppe Maggiore, aveva ritenuto che la decisione del giudice *praeter legem* non dovesse diventare un modo per decidere *contra legem*. La libertà dell'interprete in questo senso è sempre esistita, né la sua funzione poteva essere ridotta ad un'attività meramente meccanica, « una specie di ordigno meccanico dove s'introduca da un lato un articolo di codice, perché esca dall'altro una sentenza bell'è compiuta ». L'interprete creava sempre qualche cosa

⁽¹¹⁵⁾ R. MAJETTI, *Prefazione* a GNAEUS FLAVIUS (H.U. KANTOROWICZ), *La lotta per la scienza del diritto*, cit., p. 15.

⁽¹¹⁶⁾ G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, cit., p. 264.

⁽¹¹⁷⁾ Ivi, p. 266.

di nuovo, anche quando più sembrasse schiavo della legge, perché rappresentava, ad avviso di Giuseppe Maggiore, la coscienza storica del diritto ⁽¹¹⁸⁾.

Qualche anno prima, Francesco Marioni, indagando, dalle pagine de « Il Filangieri », la funzione giudiziale dell'equità, e soffermandosi sul punto delle lacune, riteneva che il giudice dovesse provvedere in tutte le ipotesi di vuoto normativo ⁽¹¹⁹⁾ e tutte le volte in cui ricorresse tale situazione. In questa ipotesi, cioè allorché si ammetteva che la lacuna venisse colmata dal giudice, occorreva decidere in che termini e cioè se la pronuncia del giudice dovesse essere l'espressione del suo criterio soggettivo, oppure dovesse consistere in un « giudizio oggettivo informato alla norma di giustizia espressa nella coscienza giuridica nazionale ». La prima risoluzione, ricordava Marioni, era quella proposta da Kantorowicz, e venne accolta dal nuovo codice civile svizzero, il quale all'art. 1 elencava le fonti del diritto: la legge e il suo spirito; il diritto consuetudinario; il criterio del giudice.

E se in passato « parve e fu progresso, escludere ogni giudizio soggettivo » in quanto arbitrario e contrario alla certezza dei diritti, oggi, aggiungeva Marioni, sarebbe stato sbagliato diffidare dell'arbitrio del giudice la cui indipendenza appariva aumentata come anche la consapevolezza della propria responsabilità, e su cui peraltro operavano molti controlli ⁽¹²⁰⁾. Né v'era dunque ragione di temere per la certezza dei diritti, se il criterio del giudice fosse venuto dopo la legge e dopo il diritto consuetudinario. Quella certezza sarebbe stata poi meglio tutelata, se invece del criterio soggettivo del giudice fosse stata adottata, come ultima fonte del diritto, la norma espressa dalla coscienza giuridica nazionale. Il giudice doveva essere l'interprete di quella coscienza, e per poterla interpretare occorreva conoscere i bisogni economici e sociali della nazione, i suoi ideali, le sue consuetudini nuove, occorreva insomma un giudice interamente calato nel suo tempo, vigile e attento ai mutati bisogni della società in cui era chiamato ad operare.

⁽¹¹⁸⁾ Ivi, p. 268.

⁽¹¹⁹⁾ F. MARIONI, *L'equità e la sua funzione nei giudizi*, cit., p. 490.

⁽¹²⁰⁾ Ivi, p. 491.

In questo modo si conciliavano i benefici della codificazione con quelli della libera ricerca del diritto. « S'invocano pure molte volte le ragioni dell'equità, ed è appunto l'equità e cioè il diritto nuovo, che sotto le vesti dell'analogia, dello spirito della legge, dei principi generali, s'impone al giudice anche riluttante... »⁽¹²¹⁾.

Una posizione meno conciliante rispetto alle aperture di Marioni in materia di equità è senza dubbio quella di Francesco Ferrara: in tempi ormai passati indubbiamente il giudice aveva assolto ad una funzione creativa del diritto⁽¹²²⁾; egli era anche disposto ad ammettere che una funzione analoga spettasse al giudice in Inghilterra e nei paesi nord-americani. Le nuove tendenze inoltre, in fatto di interpretazione, avevano trovato un successo (almeno parziale) nell'art. 1 del codice svizzero, il quale, come si è visto, al comma secondo stabiliva che nei casi non previsti dalla legge e dalla consuetudine, il giudice dovesse decidere secondo le regole che egli avrebbe adottato come legislatore. Restava da vedere se tutto ciò fosse ammissibile in Italia. Per Ferrara la risposta doveva essere negativa, sulla base di una serie di considerazioni abbastanza scontate: l'Autore rievocava il ruolo del giudice come bocca della legge, il supremo principio della divisione dei poteri su cui si sarebbe fondato l'ordinamento costituzionale italiano, e riproponeva l'art. 10 dell'ordinamento generale giudiziario per il quale i giudici dovevano prestare un giuramento in cui si impegnavano ad obbedire alla legge, ed infine si richiamava alla Cassazione, come ultimo baluardo a difesa dell'esatta osservanza delle leggi.

Dopo queste premesse chiaramente ancorate ad un rigoroso formalismo, Ferrara riconosceva però alla giurisprudenza un ruolo interessante e cioè quello di rendere un'interpretazione evolutiva (secondo il metodo storico-evolutivo). L'interpretazione evolutiva⁽¹²³⁾ — espressione meno forte della sua omologa, e cioè quella

⁽¹²¹⁾ *Ibidem.*

⁽¹²²⁾ F. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice*, cit., p. 508.

⁽¹²³⁾ Benvenuto DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 199-200, la definisce « il riflesso più tenue, che il nuovo movimento (riconducibile alla Scuola del diritto libero) abbia esercitato nel campo dell'applicazione della legge ». Simpatizzanti verso questo tipo di interpretazione, in Italia, sarebbero stati V. POLACCO,

di interpretazione creativa ⁽¹²⁴⁾ — per alcuni significava cosciente deviazione dalla norma e altro non era che una variante attenuata della libera creazione del diritto ⁽¹²⁵⁾. Per altri invece essa non oltrepassava i poteri normali dell'interprete. Essa poggiava su due canoni: la *ratio legis* intesa come ragione oggettiva (non coincidente con quella soggettiva del legislatore) e come elemento attuale (cioè una *ratio* diversa da quella storica relativa al momento in cui la legge fu elaborata) ⁽¹²⁶⁾. Ferrara insomma non poteva fare a meno di negare alcuni dati oggettivi, ovvero che la legge una volta fatta ha una vita propria e si 'stacca' dall'autore, per vivificarsi nella realtà del tessuto sociale.

L'interprete quindi esaminando una norma di cinquant'anni prima non deve ritenersi vincolato a cercare quale ragione indusse il legislatore d'allora, ma deve compiere un'operazione ermeneutica contraria: deve cioè cercare quale può essere il suo fondamento razionale attuale, e sulla base di questo decidere. Così accade che una norma data per regolare certi rapporti acquisisca in seguito una destinazione e funzione diverse: una disposizione di diritto può guadagnare col tempo un senso nuovo. Se la legge resta nel tempo la

Sull'interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali, in « *Monitore dei tribunali* », XXXI, 1890, pp. 813 e ss., che accoglie tale interpretazione ma con alcune limitazioni; C. FADDA, *Demianialità o proprietà privata delle sorgenti di acque pubbliche*, in « *Foro italiano* », XXX, 1905, I, coll. 102-107, spc. coll. 102-103; V. MICELI, *Le fonti del diritto dal punto di vista psichico-sociale*, Palermo, Reber, 1905, p. 170; A. GIOVENE, *Sulla questione del metodo negli studi di diritto civile*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, Napoli, Pierrò, 1906, vol. VI, pp. 218 e ss.; G. VADALÀ-PAPALE, *Dei metodi d'interpretazione giuridica per il novello indirizzo degli studi di diritto privato*, in *Atti del V Congresso nazionale giuridico forense di Palermo del 1903*, Palermo, Barravecchia e F., 1904, pp. 57 e ss. Riconducibile al metodo storico-evolutivo era la riflessione di Lodovico Mortara, in specie nella notissima sentenza della Corte d'Appello di Ancona nella quale affermava che le donne dovessero essere ammesse nelle liste elettorali. Cfr. sul punto, F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 176-177; su Mortara cfr. L. LACCHÈ, « *Personalmente contrario, giuridicamente favorevole* ». La « *sentenza Mortara* » e il voto politico alle donne (25 luglio 1906), in *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocata italiana*, a cura di N. SBANO, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 99-151. V. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 108.

⁽¹²⁴⁾ G. MAGGIORE, *L'interpretazione delle leggi come atto creativo*, cit., pp. 5 e ss.

⁽¹²⁵⁾ F. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice*, cit., p. 511.

⁽¹²⁶⁾ Ivi, p. 512.

stessa, l'interpretazione invece si evolve, e si rivolge alla soddisfazione di nuovi bisogni. Anche l'analogia può essere utilmente impiegata dal giudice. E la sottile e delicata indagine che essa richiede per accertare l'uguaglianza di fatto di una serie di rapporti richiede un « lavoro intellettuale » che ha « quasi un carattere creativo. Ma creazione del diritto non è »⁽¹²⁷⁾. Al contrario, è « sviluppo, derivazione, scoperta del diritto esistente: non introduzione nel sistema di un principio nuovo ». E così, aggiungeva Ferrara, i concetti di dolo, colpa, frode, buona fede, ordine pubblico, buoni costumi, equità, abuso, danno, delitto, e poi giusto prezzo, giusta indennità, adempimento esatto, somma eccessiva, diligenza del buon padre di famiglia, ecc. portavano « tutta una folla di concezioni sociali ed economiche nel corpo del diritto »⁽¹²⁸⁾. Si trattava di concetti che, come ricordava Ferrara, Polacco aveva definito gli organi respiratori del sistema positivo, o valvole di sicurezza⁽¹²⁹⁾, attraverso le quali penetrava nel diritto positivo tutta l'aria ossigenata della vita moderna. Più di così Ferrara non poteva spingersi: del resto, date le premesse del suo discorso, quasi ci si stupisce a leggere queste ulteriori considerazioni. Il giudice per Ferrara doveva decidere ed emettere la sentenza « con gli occhi bendati » e senza guardare alle persone, al giudizio altrui, ecc. « Questa è la forza della giustizia », che Ferrara vuole indifferente rispetto « alla politica utilità », ma è anche la sua intrinseca debolezza, che si deve scontare se si vuole che il diritto rimanga tale.

E se il diritto, aggiungeva Piero Calamandrei, non si identificava affatto con la legge, la legge era solo la sua espressione ufficiale, la sua fonte formale, mentre la fonte materiale di esso, cioè la sostanza che serviva al legislatore per dare contenuto alle formule verbali della legge, preesisteva, a suo avviso, alla legge stessa e si collocava al di sopra del legislatore; ma ciò nonostante, dato il principio della separazione dei poteri, che egli interpretava come

⁽¹²⁷⁾ Ivi, p. 513.

⁽¹²⁸⁾ Ivi, p. 515.

⁽¹²⁹⁾ V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, cit., p. 172. Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 107; C. VANO, *I 'problemi del lavoro' e la civilistica italiana alla fine dell'Ottocento: il contributo di E. Gianturco*, in *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, a cura di A. MAZZACANE, Napoli, Liguori, 1987, p. 175.

un divieto per il giudice di andare oltre la fonte formale, il giudice non era tanto un interprete del diritto, quanto un interprete della manifestazione di volontà emanante dal legislatore. Calamandrei distingue tra la formulazione giudiziaria, in cui il giudice legge il diritto nel testo originale, e la formulazione legislativa in cui il giudice può leggere soltanto la traduzione, più o meno corretta, che il legislatore ha fatto del diritto nelle sue leggi. Questa barriera posta tra il giudice e le vive scaturigini sociali del diritto è rafforzata dal dogma della completezza della legge scritta, base di quasi tutte le codificazioni; fidandosi della cosiddetta « forza di espansione logica » della legge, il giudice deve cercare in una legge magari emanata molti anni prima la risposta a tutta una serie di problemi giuridici nuovi e che il legislatore del tempo in cui la legge fu data non avrebbe in alcun modo potuto prevedere. Quando la legge non era più in grado di soddisfare le mutate esigenze sociali, non stava quindi al giudice, ma al legislatore sostituirla con un'altra: ma finché al legislatore « non piace di smantellare qualche torre di questo suo annoso castello, il giudice deve aggirarsi prigioniero tra le mura senza finestre, dimenticando che fuor da quella prigione il mondo vive all'aperto e senza posa si rinnova »⁽¹³⁰⁾.

Calamandrei descriveva il giudice come un soggetto posto in uno stato di segregazione legislativa tipica dello Stato legale prodotto dalla Rivoluzione francese, e tale condizione avrebbe avuto ripercussioni e avrebbe prodotto effetti direttamente sull'ordinamento giudiziario a lui coevo. E così si dice, aggiungeva Calamandrei, che il giudice non deve essere altro che un fedele interprete della volontà del legislatore, e che le sue migliori qualità non stanno nel saper essere un « uomo del suo tempo », ma un giurista che sappia ragionare sul dettato normativo e attraverso gli strumenti dell'ermeneutica sveli tutti i segreti del testo⁽¹³¹⁾. Un'operazione di grande abilità tecnica ma di poca sapienza in termini scientifici: tra la tecnica e la scienza v'era infatti un abisso, quell'abisso che sembrava trovare consistenza proprio nella natura delle cose come

⁽¹³⁰⁾ P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, cit., p. 238.

⁽¹³¹⁾ *Ibidem*.

fonte del diritto, fonte vivantina⁽¹³²⁾ in cui era possibile scorgere, senza impedimenti, anche l'equità.

7. *L'equità e i principi generali del diritto. Il 'vestibolo' del codice civile.*

Un altro rapporto fondamentale per la comprensione della dimensione dell'equità è la sua intrecciata relazione con i cosiddetti principi generali del diritto⁽¹³³⁾. Il richiamo a tali principi viene fatto dall'art. 3 delle disposizioni preliminari al c.c., il quale disponeva che nella impossibilità di fare ricorso all'analogia, si dovesse decidere in base ai principi generali del diritto. Sul modo di intendere il senso di questo articolo esisteva nella scienza giuridica italiana un dibattito, come appare prevedibile, piuttosto intenso⁽¹³⁴⁾. L'art. 3 delle disposizioni preliminari trae origine

⁽¹³²⁾ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, *I commercianti*, Milano, Vallardi, t. I, s.a. [1911], 4^a edizione, pp. 92-94. Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 54-55.

⁽¹³³⁾ Cfr. M. ROTONDI, *Equità e principi generali di diritto*, in « Rivista di diritto civile », 3, 1924, [*Équité et principes généraux de droit dans l'ordre juridique italien*], ora in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1924, t. II, pp. 403-422, e anche in *Scritti giuridici*, II, *Studi di diritto comparato e teoria generale*, Padova, Cedam, 1972. Cfr. G. ALPA, *I principi generali del diritto*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 1, 1993, pp. 180 e ss.; ID., *I principi generali*, Milano, Giuffrè, 1993; G. GORLA, *I principi generali comuni alle nazioni civili e l'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile italiano del 1942*, in « Foro italiano », V, 1992, c. 90; G.S. PENE VIDARI, *Nota sull'"analogia iuris". L'articolo 15 del titolo preliminare del Codice civile albertino e la sua formazione*, in « Rivista di storia del diritto italiano », L, 1977, pp. 343 ss.; P. GROSSI, *Un diritto senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 281-282.

⁽¹³⁴⁾ Come farà notare Alberto ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte del diritto*, cit., pp. 6-7, l'art. 3 non aveva corrispondenti né nel codice civile germanico, né in quello francese. Nel primo progetto di codice civile germanico vi era in effetti un § 1 redatto in termini simili a quelli dell'art. 3: « Ai rapporti per i quali la legge non contiene alcuna disposizione, si applicano per analogia le disposizioni date per rapporti simili. In mancanza di queste disposizioni si applicano i principi fondamentali, emergenti dallo spirito dell'ordinamento giuridico ». Questo articolo fu tuttavia soppresso nel progetto definitivo.

dal noto art. 15 del codice civile albertino⁽¹³⁵⁾. Proprio dal dibattito apertosi intorno alla formula da impiegare in tale articolo, una parte dei giuristi faceva derivare l'impossibilità di identificare l'equità con i principi generali del diritto.

Il codice civile albertino disponeva⁽¹³⁶⁾ infatti che « rimanendo nondimeno il caso dubbioso dovrà decidersi secondo i principi generali del diritto, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso ». Al contrario il codice civile austriaco del 1811 (§ 7 ABGB) prescriveva che in tali casi dubbi si dovesse decidere la controversia « secondo i principi del diritto naturale »⁽¹³⁷⁾. Il senato del Piemonte, della Savoia e la Camera dei Conti⁽¹³⁸⁾ trovarono l'espressione principi del diritto naturale troppo vaga ed incerta, come anche quella di equità naturale che si proponeva come sinonimo.

Alla domanda « che cosa fossero i principi generali del diritto » i giuristi italiani davano differenti risposte. In alcuni casi si affermava che si dovevano considerare come elementi di interpretazione: 1° le regole fondamentali del diritto pubblico; 2° le regole del diritto privato in quanto generali; 3° le tradizioni legislative che

⁽¹³⁵⁾ Sull'art. 13 del progetto del 1860 che riproduceva sostanzialmente il disposto dell'art. 15 del codice del 1837 v. S. SOLIMANO, *'Il letto di Procuste'. Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario. I Progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 271-273; A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto*, cit., pp. 109 e ss.

⁽¹³⁶⁾ G. CAPITANI, *Analogia*, in *Digesto italiano*, Torino, Utet, 1895, vol. III, p. 191.

⁽¹³⁷⁾ E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile: il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 145, § 7: « Qualora un caso non si possa decidere né secondo le parole, né secondo il senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decise o ai motivi di altre leggi analoghe. Rimanendo nondimeno dubbioso il caso, dovrà decidersi secondo i principi del diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate »; P. CARONI, *Lezione quinta, Le codificazioni giusnaturalistiche*, in *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., pp. 63-64; v. anche P. CARONI - E. DEZZA (a cura di), *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*. Atti del convegno internazionale, Pavia, 11-12 ottobre 2002, Padova, Cedam, 2006; M.R. DE SIMONE, *Il codice civile austriaco nel dibattito per l'unificazione legislativa italiana*, ora in *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli XVII-XX)*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 223-242; ID., *L'ABGB e il dibattito per la riforma del codice civile italiano nei primi anni del Novecento*, ora in *Percorsi*, cit., pp. 315-354.

⁽¹³⁸⁾ G. CAPITANI, *Analogia*, cit., p. 192.

avevano preparato il diritto vigente. Secondo un'altra opinione per principi generali del diritto si dovevano intendere le teorie del diritto formate attraverso un'operazione di astrazione compiuta su singoli istituti ma anche sull'intera legislazione. Un'altra impostazione ancora riteneva invece che i principi generali del diritto non fossero altro che « le norme dettate dalla semplice ragione, ispirate dal sentimento dell'equità »⁽¹³⁹⁾. Sulla base del dibattito⁽¹⁴⁰⁾ apertosi intorno al disposto dell'art. 3 capoverso, e più ancora delle discussioni intorno al Progetto di codice civile albertino, e soprattutto in ordine alla locuzione da usare nel codice stesso, appare, ad avviso di una parte della dottrina, come il legislatore italiano avesse voluto deliberatamente escludere le parole « equità naturale », considerato che il raccomandare ai giudici come norma suppletiva, nel silenzio della legge, il ricorso all'equità naturale era ritenuto cosa troppo pericolosa. Tuttavia non mancavano nel codice civile italiano alcuni esempi di riferimento ai principi dell'equità o della equità naturale⁽¹⁴¹⁾. Così il diritto di accessione, quando aveva per oggetto cose mobili appartenenti a diversi proprietari, era regolato dai principi dell'equità naturale (art. 463 c.c.); così pure ai sensi dell'art. 1124 c.c., i contratti obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano. Altri esempi in cui la legge consentiva al giudice il ricorso all'equità si riscontravano negli articoli 1652, 1718 c.c. Ma in tutti questi casi non si trattava di colmare una lacuna della legge mediante il ricorso ai principi dell'equità: la legge disciplinava determinati casi, oppure intendeva regolare, sia pure in modo generico, le conseguenze ulteriori di un determinato rapporto giuridico per il quale aveva già dato una precisa normativa; e tenuto conto delle particolari esigenze e condizioni del caso, ordinava al giudice di riferirsi, per la decisione, ai principi di equità. Tale riferimento avveniva *ope legis* nei casi tassativamente predeterminati dal legislatore.

Una parte dei giuristi negava che in queste ipotesi vi fosse una

⁽¹³⁹⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁴⁰⁾ Ivi, p. 193.

⁽¹⁴¹⁾ Ivi, p. 194.

vera e propria funzione creativa di diritto da parte del giudice, sia pure nei casi in cui il ricorso all'equità fosse stabilito dalla legge.

Una sintesi del dibattito in questione era proposta da Giuseppe Maggiore, il quale invece riconosceva nei principi generali del diritto proprio l'equità. L'opinione dominante (e scorretta, a detta di Maggiore) si basava su tre principi: 1) l'equità non aveva valore giuridico, perché nel nostro diritto non vi era nulla di giuridico al di là del diritto positivo⁽¹⁴²⁾; 2) l'equità non poteva correggere la legge né supplire ad essa; 3) l'interprete poteva fare ricorso all'equità solo nei casi previsti dalla legge. Contrapporre l'equità al diritto positivo era un errore, secondo Maggiore: in quanto condizione attraverso la quale il diritto da astratto diveniva concreto, essa doveva rientrare nel concetto di positività del diritto. L'equità era dunque la fonte per eccellenza del diritto. Essa riceveva consacrazione nell'art. 3 delle disposizioni preliminari al c.c., e cioè nei principi generali del diritto⁽¹⁴³⁾. Questi infatti a suo avviso altro non erano che i principi generali di equità. Maggiore a sua volta ricordava come l'art. 3 delle disposizioni preliminari derivasse dal codice albertino, nella cui elaborazione il Senato aveva indicato, come si è già detto, la formula « principi di equità ». Il codice sardo aveva poi preferito l'espressione principi generali del diritto.

I principi generali del diritto non erano per Maggiore delle massime ricavate per mezzo di un processo di generalizzazione. In questo modo si sarebbero avute massime povere di contenuto e vuote di senso storico⁽¹⁴⁴⁾. Non si trattava dunque di una « generalità astratta » ricavata a posteriori, ma di una « generalità concreta » ricavata a priori che produceva ogni particolarità. I principi generali del diritto non si desumevano astraendo dal particolare, essi erano anteriori alle norme stesse, fonti delle norme. Dunque potevano solo coincidere con l'equità. Alcuni esempi di questi principi erano dati dai brocardi: *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, oppure *nemo contra se edere tenetur*. Queste massi-

⁽¹⁴²⁾ G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, cit., p. 273.

⁽¹⁴³⁾ Ivi, p. 274.

⁽¹⁴⁴⁾ Ivi, p. 275.

me ⁽¹⁴⁵⁾ fomulavano insieme a molte altre l'ossatura del nostro sistema giuridico. Un'analogia opinione era stata già espressa da Emanuele Gianturco nel *Sistema di diritto civile* ⁽¹⁴⁶⁾ e da Giorgio Del Vecchio ⁽¹⁴⁷⁾.

In particolare, è importante la ricostruzione che quest'ultimo proponeva del significato della locuzione principi generali del diritto, nella sua prolusione romana del 1920. Egli ricordava come « Gl'interpreti odierni sono concordi, quasi senza eccezione, nel dichiarare che per principi generali di diritto non si debbono intendere i principi del diritto naturale » ⁽¹⁴⁸⁾. Allo stesso tempo occorreva escludere che per principi generali del diritto si intendesse il diritto romano (o il diritto comune), anche se al diritto romano si riconosceva un certo valore (e non a torto, secondo Del Vecchio) ⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ Ivi, p. 278.

⁽¹⁴⁶⁾ E. GIANTURCO, *Sistema di diritto civile italiano*, Napoli, Pierro, 1894, p. 30, nt. 2: « Fra i principi generali del sistema di diritto vi ha senza dubbio quello di equità, che ha informato tutto il diritto moderno, (art. 463, 1124). In senso tecnico l'equità significa: 'la valutazione delle circostanze individuali e dei relativi temperamenti giuridici': in senso ampio equivale al diritto naturale, in quanto ha informato le disposizioni del diritto vigente. Solo in questo secondo senso è ancora importante il concetto dell'equità, poiché quanto al primo oggi è cessato il conflitto tra il *ius aequum* e il *ius strictum*: né il magistrato può, come il pretore romano, far prevalere per via indiretta il subbiiettivo concetto dell'equità (*aequitas cerebrina*) alle norme del diritto positivo ».

⁽¹⁴⁷⁾ G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, cit., p. 49.

⁽¹⁴⁸⁾ Ivi, p. 7.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. sulla questione E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 5^a ed., Firenze, Cammelli, 1914, vol. I, pp. 80-81, 81 e ss.; L. BORSARI, *Commentario al codice civile italiano*, Torino, Utet, 1871, vol. I, pp. 74 e ss.; V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit. p. 24; G. SAREDO, *Trattato delle leggi dei loro conflitti di luogo e di tempo e della loro applicazione*, Firenze, Pellas, 1886, pp. 426 e ss.; P. FIORE, *Delle disposizioni generali sulla pubblicazione, applicazione ed interpretazione delle leggi*, Torino, Utet, 1925, vol. II, pp. 572 e ss.; F.S. BIANCHI, *Corso del codice civile italiano, Principii generali sulle leggi*, Torino, Utet, 1888, pp. 10 e ss., 979 e ss.; P.E. BENZA, *Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di diritto civile italiano*, Torino, Utet, 1897, pp. 49 ss.; G.P. CHIRONI, A. ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, parte generale, Torino, Bocca, 1904, pp. 51 e ss.; G.P. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Torino, Bocca, 1888, vol. I, p. 12; C.F. GABBA, *Introduzione al diritto civile internazionale italiano*, in Atti della R. Accademia dei Lincei, 16 aprile 1905, Roma, R. Accademia nazionale dei Lincei, 1906, pp. 20 e ss.; G. BRUNETTI, *Il de-*

« Si considera comunemente come un vanto della moderna Giurisprudenza l'aver abbattuto l'antica scuola del diritto naturale o positiva del fenomeno giuridico », e ciò accadeva secondo gli insegnamenti della *historische Rechtsschule*, sia pure doverosamente depurati, nel tempo, di qualche loro elemento « romantico » e « metafisico ». Ma se il principale obiettivo di quella scuola era stato quello di opporsi all'idea della codificazione, il suo « vantato trionfo », aggiungeva Del Vecchio, almeno sotto questo profilo, assomigliava più a una vittoria di Pirro. E ancora oggi il rifiuto del diritto naturale era considerato comunemente un indispensabile atto di fede, e « quasi un dovere di buona creanza » per il giurista.

Così Del Vecchio invitava ad una maggiore ponderazione dell'espressione principi generali di diritto, sia per la genericità della stessa e per la sua ampiezza, sia per i lavori preparatori del codice civile del 1865 e di quello Albertino, dal quale la formula era stata ricavata. Mentre il codice civile austriaco aveva fatto espresso richiamo ai principi del diritto naturale, il codice civile Albertino si era riferito ai principi generali di diritto. Ma se da tale differenza si pensava di dedurre un'esclusione del riferimento al diritto naturale, tale conseguenza era smentita — oltre che dall'assenza di una reale contraddizione tra le due formule — dal fatto che nessuna negazione del diritto naturale era stata pronunciata durante la discussione che condusse all'accoglimento della nuova formula. Il progetto del Codice civile albertino aveva adottato gli stessi termini usati già dal Codice austriaco, dichiarando che i casi dubbiosi dovessero essere decisi secondo i principi del diritto naturale; e benché tale formula nella elaborazione del progetto avesse suscitato varie obiezioni, queste non erano dipese da un'oggettiva avversione rispetto al concetto, ma dai timori che la formula si prestasse ad

litto civile, Firenze, Seeber, 1906, pp. 109 e ss.; V. SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 2^a ed., Roma, Athenaeum, 1917, pp. 84 e ss.; B. BRUGI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 3^a ed., Milano, Società editrice libraria, 1914, pp. 47 e ss.; ID., *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, in « Il Diritto commerciale », VIII, 1916, S. II, I, pp. 262 e ss.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, Società editrice Libreria, s.d., pp. 86 e ss.; R. DE RUGGIERO, *Introduzione alle scienze giuridiche e istituzioni di diritto civile*, 2^o ed., Napoli, Alvano, 1915, vol. I, pp. 119 e ss., 186 e ss.; L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, Vallardi, 1914, pp. 39 e ss.

un'interpretazione troppo incerta. Quasi tutte le formule che vennero proposte (« principi di ragione », « principi dell'equità », « principi d'equità naturale », « principi di ragione naturale », ecc.) « avevano però la medesima latitudine, e diciam pure lo stesso carattere giusnaturalistico, di quella cui volevan sostituirsi; tanto che alla commissione riuscì facile di respingerle... »⁽¹⁵⁰⁾. E questo discorso proseguiva spedito fino al suo esito naturale: Del Vecchio dichiarava che l'equità nel suo senso più ampio, intesa cioè come esigenza di adeguamento della realtà nella forma del diritto, comprendeva anche i « principi generali del diritto », essendo questi il mezzo per realizzare quell'adeguamento. Così in caso di lacuna e cioè di assenza di una precisa norma di legge, il richiamo all'equità equivaleva ad un'invito a rinvenire il criterio giuridico rispondente alla natura del caso in questione⁽¹⁵¹⁾. Indubbiamente, la sua riflessione produsse una serie di interventi, tutti intorno al problema della delicata natura dei principi generali del diritto, quale quello di Biagio Brugi e di Aldo Checchini. E se Brugi con il suo saggio sui principi generali del 1923 risponde a Del Vecchio esprimendo una certa diffidenza verso il concetto di diritto naturale adottato da Del Vecchio, diverso sarà il suo approccio rispetto all'idea della natura dei fatti come fonte del diritto⁽¹⁵²⁾. Era abbastanza prevedibile che negli anni a venire la prolusione romana di Del Vecchio sarebbe stata « smontata 'pezzo per pezzo' ». E se i lavori preparatori del Codice albertino, come del resto quelli del codice civile del 1865 seguivano « un filo conduttore che si sviluppa lontano dalla volontà di offrire richiami espliciti al diritto naturale quale sistema normativo metapositivo »⁽¹⁵³⁾, resta fermo che l'art. 3 presentava una « dizione generica che permette interpretazioni varie » e proprio

⁽¹⁵⁰⁾ G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, cit., p. 9. Cfr. A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto*, cit., pp. 221 e ss.

⁽¹⁵¹⁾ Ivi, p. 49.

⁽¹⁵²⁾ Cfr. A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto*, cit., pp. 224 e ss., e M. MEC-CARELLI, *Un senso moderno di legalità*, cit., pp. 457 e ss.

⁽¹⁵³⁾ A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto*, cit., p. 227; S. SOLIMANO, 'Il letto di Procuste', cit., p. 271.

per questo dispute intense⁽¹⁵⁴⁾. Ciò che era apparso inaccettabile, non era tanto il richiamo generico al diritto naturale, sulle cui rinnovate valenze, come si è visto, la dottrina tendeva a dilungarsi, ma l'interpretazione marcatamente giusnaturalistica della formula diritto naturale⁽¹⁵⁵⁾. In questo senso, indubbiamente, la posizione di Del Vecchio rimaneva una posizione isolata: così, il rimprovero che gli muove Miceli era incentrato sul fatto che non era possibile fondare i principi generali su una *ratio iuris* a carattere generale: il diritto è un prodotto del sociale, ha carattere contingente⁽¹⁵⁶⁾. Qualche anno prima, Vittorio Polacco, sia pure cautamente, ricordava che l'interprete aveva a sua disposizione quei canoni generali di ermeneutica che stavano « *lex legum*, in sul vestibolo del codice civile »⁽¹⁵⁷⁾. Anche Pietro Cogliolo interverrà varie volte, sotto diverse angolazioni, sul punto dell'equità e in particolare sul rapporto tra equità e principi generali del diritto: egli finirà per collocarsi sulla stessa tendenza di Del Vecchio o di Gianturco, anche se la sua posizione ha un che di originale e forse di più pratico. Fatta una premessa sull'opportunità di distinguere tra un'equità generale e una speciale, e detto che l'equità speciale è la norma giusta per il caso singolo mentre quella generale è il complesso delle norme generali di condotta che rispondono ai nuovi bisogni sociali, Cogliolo sottolineava il suo interesse solo per la seconda al fine di delineare i rapporti tra principi generali del diritto ed equità. E l'equità generale poteva consistere in norme generali comunque presupposte o non contraddette dal codice, e allora in questo principi generali ed

⁽¹⁵⁴⁾ P. GROSSI, *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 281.

⁽¹⁵⁵⁾ Interpretazione che veniva desunta da queste considerazioni di Giorgio DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, cit., p. 11: « L'asserire che i principi generali di diritto siano validi solamente per un singolo popolo, cioè che esistano tante serie di principi generali quanti sono i sistemi particolari, se pure non è a dirittura una *contradictio in adjecto*, non corrisponde certamente a quella credenza in una *ratio iuris* di carattere universale, che dai romani in poi, checché si dica in contrario, è patrimonio comune della nostra coscienza giuridica, e senza dubbio ispirò anche gli autori del nostro Codice ».

⁽¹⁵⁶⁾ V. MICELI, *I principi generali del diritto*, in « Rivista di diritto civile », XV, 1923, p. 28.

⁽¹⁵⁷⁾ V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, cit., p. 172.

equità coincidevano. Oppure essa poteva riguardare quelle riforme che la coscienza pubblica chiedeva per adeguare il codice alla mutevolezza dei tempi e dei bisogni, e allora ci si trovava fuori dai principi generali di uno *ius conditum* e all'interno delle aspirazioni di uno *ius condendum* ⁽¹⁵⁸⁾.

Intorno al problema della definizione dei principi generali del diritto si assiste ad un vivace dibattito dottrinale: Chironi e Abello ritengono che « ben distinti dai principi generali di diritto sono i principi di equità », visto che i primi hanno un carattere oggettivo e trovano il loro fondamento nella coscienza giuridica generale e nel sistema legislativo mentre i secondi « sono il prodotto di un concetto soggettivo e in pratica si desumono immediatamente dalla convinzione propria del magistrato che li applica » ⁽¹⁵⁹⁾. I principi generali del diritto e l'equità si presentavano come strettamente connessi. Essi potevano essere d'aiuto per determinare l'equità, che, scrivono Chironi ed Abello, oggi non serve più tanto a mitigare le durezza della legge, quanto a colmare le lacune tutte le volte in cui non vi sia altro rimedio. La loro riflessione è interessante, in quanto relativizza il concetto di equità, agganciandolo ai 'tempi moderni' ed evidenziandone la funzione sociale. Tuttavia lo spazio che Chironi ed Abello lasciano all'equità è quello angusto del codice civile in termine di rinvii espliciti fatti dal legislatore.

Vincenzo Miceli dichiarava invece che sul significato dell'espressione si fosse raggiunto finalmente un accordo, intendendosi per principi generali del diritto quei principi che risultassero dall'insieme dell'ordinamento giuridico ⁽¹⁶⁰⁾. L'espressione scelta dal legislatore « principi generali del diritto » appariva a Miceli particolarmente felice: si sarebbe prestata meno agli equivoci, avrebbe avuto un carattere molto più tecnico di tutte le altre formule che erano state vagliate, come quella dei principi di diritto naturale e quella che parlava dei principi di equità. Infatti, queste espressioni

⁽¹⁵⁸⁾ P. COGLIOLO, *I « principi generali del diritto »*, in *Scritti vari di diritto privato*, Torino, Utet, 1925, vol. I, VI^a ed., p. 498.

⁽¹⁵⁹⁾ G.P. CHIRONI, A. ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, cit., p. 53.

⁽¹⁶⁰⁾ V. MICELI, *I principi generali del diritto*, cit., p. 23. A. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, in « Archivio giuridico », V, 1923, pp. 167-230.

potevano consentire l'infiltrazione di elementi extragiuridici nell'ambito del diritto positivo⁽¹⁶¹⁾. Se dunque Miceli pare ostile all'impiego di elementi per così dire estranei al diritto positivo e non pensa di riconoscere nei principi generali del diritto l'equità — mentre Donati vedeva nell'art. 3 una norma di vera e propria chiusura del sistema⁽¹⁶²⁾ — il primo però riteneva che dentro il sistema di diritto positivo operassero delle valvole di respirazione⁽¹⁶³⁾ per mezzo delle quali potesse penetrare nel diritto positivo l'aria « ossigenata della vita » e che lentamente fossero in grado di trasformarlo. In effetti, un sistema chiuso e autoreferenziale era destinato all'asfissia e condannava il legislatore a rincorrere i mutevoli bisogni sociali lasciando spesso insoddisfatte le esigenze di tutela normativa primaria dei privati ed i bisogni di certezza di certa parte della scienza giuridica. In questo senso, Miceli riconosceva il potere di realizzare tale trasformazione non solo al legislatore, ma anche ai giudici, utilizzando, fra gli altri, gli strumenti dell'analogia e dell'equità⁽¹⁶⁴⁾.

7.1. *L'equità e le lacune del diritto.*

Il problema delle lacune del diritto si presentava come fortemente congiunto all'idea di un'equità che non fosse intesa come solo criterio di applicazione del diritto ma anche come fonte autonoma di diritto⁽¹⁶⁵⁾. Nel primo caso essa avrebbe prodotto l'effetto di adeguamento dell'applicazione delle norme generali agli elementi di fatto del caso concreto, nel secondo caso avrebbe svolto una funzione più ampia, paragonabile a quella di cui parlava Piero Calamandrei, a proposito dell'esperienza delle giurisdizioni d'equità.

Non era condivisibile peraltro, ad avviso di Checchini, l'idea di

(161) V. MICELI, *I principi generali del diritto*, cit., p. 35.

(162) D. DONATI, *Il problema delle lacune*, cit., pp. 166 e ss.

(163) V. *supra*, nt. 129.

(164) V. MICELI, *I principi generali del diritto*, cit. p. 41.

(165) C.M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, Cedam, 1959, p. 163, individua un'equità formativa o sostitutiva, un'equità suppletiva o integrativa e un'equità interpretativa e ricorda come si possa indicare un ulteriore tipo di equità in rapporto alle lacune del diritto, e cioè che svolga un ruolo di tipo creativo.

Calamandrei secondo la quale la disposizione dell'art. 1 del Codice svizzero sarebbe stata poco audace se confrontata con l'esperienza delle giurisdizioni d'equità in Italia, in quanto mentre per il codice svizzero il ricorso alla « comune coscienza giuridica » era un'*ultima ratio* nelle giurisdizioni di equità il riferimento alla coscienza giuridica era la fonte principale del diritto ⁽¹⁶⁶⁾. E Checchini spiega anche le ragioni della sua posizione: mentre il Codice svizzero accoglieva la coscienza comune (o diritto naturale) come fonte sussidiaria della legge, nel nostro ordinamento, anche ammettendo che la coscienza comune fosse stata convertita in fonte formale di diritto, non diventava fonte formale della legge, la cui elaborazione restava riservata al legislatore. La coscienza comune dunque nell'ordinamento giuridico italiano era fonte principale di diritto solo rispetto a certe categorie di rapporti rimessi alle giurisdizioni speciali e quindi restava una fonte di diritto eccezionale ma non a carattere generale.

Molto di questo dibattito dipendeva in ogni caso dalle premesse, e cioè da come venisse risolto il punto delle lacune del diritto. E su questo spinoso tema le opinioni divergevano e la dottrina restava divisa tra coloro che negavano l'esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico e coloro che invece l'ammettevano. Tra i primi si collocavano in genere coloro che ritenevano esistere una norma generale di chiusura. Benvenuto Donati apriva il suo saggio sulle lacune dell'ordinamento giuridico proprio con la domanda: « Esistono lacune nell'ordinamento giuridico? » e denunciando un certo disinteresse per lo studio del problema in Italia cui faceva da contrappeso un dibattito molto vivace nella letteratura straniera ⁽¹⁶⁷⁾.

Benvenuto Donati concepiva l'ordinamento giuridico come un ordinamento necessariamente chiuso e introduceva due differenti

⁽¹⁶⁶⁾ A. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, cit., p. 205, nt. 1.

⁽¹⁶⁷⁾ B. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, Società Editrice Libreria, 1910, pp. 3-4, cui si rinvia per la copiosissima letteratura italiana e straniera. Sul tema vedi anche P. CHIASSONI, *Lacune nel diritto. Progetto di voce per un vademecum giuridico*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 2, 1997, pp. 321-363.

tipi di norma di chiusura ⁽¹⁶⁸⁾: una norma di chiusura di carattere negativo, ed una norma di carattere esclusivo. La norma di chiusura di carattere negativo sarebbe servita a dichiarare che il legislatore voleva « che non siano altre limitazioni all'infuori di quelle da esso stabilite per i casi da esso particolarmente considerati » ⁽¹⁶⁹⁾. La norma di chiusura di carattere positivo esprimeva invece il concetto che le limitazioni volute dal legislatore erano solo quelle da esso previste per i casi dalla legge considerati. Donati preferiva in ogni caso il primo tipo di soluzione che dei due era l'unico in grado di colmare le lacune del sistema. E così, se per alcuni, come Donati, l'articolo 3 delle disposizioni preliminari al codice civile rappresentava l'argine per impedire l'ingresso nella cittadella del sistema creato col codice civile di elementi 'extragiuridici', quali l'equità ⁽¹⁷⁰⁾, per altri, come Asquini, l'articolo 3 c.c. rappresentava un ostacolo da superare. Lasciatisi alle spalle le interpretazioni di tale norma, certamente seducenti ma improponibili — per non avere « altro fondamento che qualche frase sparsa nei lavori preparatori del codice civile » — e cioè le interpretazioni di stampo giusnaturalistico, Asquini non trovava un *principio generale di chiusura* dell'ordinamento inteso come principio esclusivo, come già aveva fatto Donati, ma un principio di chiusura che diveniva *principio generale*

⁽¹⁶⁸⁾ Ivi, pp. 46 e ss. Cfr. anche R. MONACO, *Romano, Donati, Mortati nei ricordi di un internazionalista*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. GALIZIA, P. GROSSI, Milano, Giuffrè, 1990; F. LANCHESTER, *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia preunitaria*, Bari, Laterza, 2004; G. CAZZETTA, *La Facoltà di Giurisprudenza nella Libera Università di Ferrara (1860-1942)*, in « Annali di storia delle università italiane », 8, 2004, pp. 209-237.

⁽¹⁶⁹⁾ A. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, cit., p. 181.

⁽¹⁷⁰⁾ D'altra parte per Benvenuto DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 170, i principi generali del diritto sono una realtà complessa: essi sono sia i principi fondamentali di tutto l'ordinamento giuridico, sia i principi atti a risolvere qualsiasi possibile caso che altrimenti non troverebbe una soluzione. Tuttavia la definizione rimane piuttosto descrittiva e l'autore si guarda bene dallo spiegare al lettore in cosa in sostanza consistano i principi atti a risolvere qualsiasi caso. Critico nei confronti della posizione di Donati era W. CESARINI SFORZA, *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, cit., p. 50, nt. 1.

di rinvio alla natura dei fatti ⁽¹⁷¹⁾. Egli spiegava anche le ragioni di tale scelta: giudicare secondo la natura dei fatti non solo non intaccava il sistema di diritto positivo perché era destinato ad operare solo nelle lacune e cioè nei vuoti dell'ordinamento, ma perché giudicare in tal modo significava giudicare secondo equità ⁽¹⁷²⁾. Tale ricostruzione non piaceva ad Aldo Checchini, che definiva tale tesi insostenibile nonché pericolosa, per le conseguenze che poteva avere: ma d'altra parte era innegabile che, se espunta dalle Preleggi e forse anche dai lavori preparatori del codice civile del 1865 come pure del Codice albertino, l'equità o l'equità naturale riemergesse nel codice civile attraverso alcune disposizioni, non ultima quella dell'art. 463 c.c. sul diritto d'accessione ⁽¹⁷³⁾ rispetto alle cose mobili. Tale norma, per contenere l'esplicito richiamo ai principi dell'equità naturale metteva in difficoltà la dottrina più ancorata al mito del codice, come anche quella che da tale mito prendeva le distanze sia pure senza alcun genere di concessioni o simpatie verso un ruolo maggiormente 'libero' del giudice. Così si spiegano le molte pagine che Biagio Brugi dedica nel suo *Trattato sulla proprietà* al tema dell'equità. Si trattava dell'occasione per tornare ancora una volta sul punto — evidentemente irrisolto — del rapporto tra principi generali del diritto ed equità, e sul ruolo dell'equità nell'ordinamento giuridico. Egli ripeterà che se pure i principi generali del diritto dovevano essere trovati « nelle opere degli antichi interpreti » ciò era possibile solo se fossero risultati compatibili col diritto vigente ⁽¹⁷⁴⁾. E si affaccia l'idea, sia pure timidamente, che

⁽¹⁷¹⁾ A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte del diritto*, cit., p. 19.

⁽¹⁷²⁾ Ivi, p. 20.

⁽¹⁷³⁾ B. BRUGI, *Della proprietà*, Torino, Utet, 1923, vol. 2°, 2ª ed., pp. 320 e ss. L'art. 463 disponeva: « Il diritto di accessione, quando ha per oggetto cose mobili appartenenti a diversi proprietari, è regolato dai principi dell'equità naturale. Le seguenti disposizioni serviranno di norma al giudice per decidere dei casi non preveduti secondo le particolari circostanze ». L'art. 463 veniva spesso indicato come gemello dell'art. 565 del Codice Napoleone, anche se questo, secondo Brugi avrebbe contenuto un riferimento più forte ai principi dell'equità naturale, dichiarando che il diritto d'accessione avente per oggetto cose mobili fosse in tutto e per tutto sottoposto all'equità naturale. Premesso che l'equità, nei casi in cui il legislatore l'avesse stabilito, poteva essere fonte del diritto, occorreva chiarire i limiti e la portata di tale rinvio.

⁽¹⁷⁴⁾ Ivi, p. 325, nt. 1.

possa rivelarsi inopportuna una contrapposizione tra principi generali ed equità: non era forse un « principio di diritto e di equità... che quando due cose unite si possono separare senza danno, il proprietario dell'una e dell'altra conserva la sua proprietà...? »⁽¹⁷⁵⁾. Brugi si domandava perché mai il legislatore avrebbe dovuto introdurre nell'ordinamento due strumenti ermeneutici concorrenti, cioè quelli prescritti dall'art. 3 e quello dell'equità naturale. La presenza di un duplice criterio per colmare le lacune della legge sull'accessione lasciava molto perplessi. Dopo vari dubbi e ripensamenti — che portano Brugi a ritenere che nell'ordinamento giuridico italiano i principi generali abbiano sostituito l'equità e a definire i principi generali « un opportuno, ma sibillino compromesso fra le tendenze diverse dei compilatori del Codice albertino » — il discorso brugiano piega verso un 'ritorno all'equità'. Così, l'autore ricorda che quando il giudice deve risolvere controversie intorno all'accessione di cose mobili, deve essere fornito di una conveniente libertà di apprezzamento necessaria per tenere conto di tutte le varietà dei casi pratici, insofferenti rispetto a regole fisse e generali. Questa, che Brugi definisce una libertà di apprezzamento del giudice, finisce per essere nel suo pensiero nient'altro che e ancora una volta solo un profilo, uno dei tanti, dell'*aequitas* romana⁽¹⁷⁶⁾.

Alcune considerazioni, a questo punto, si rendono necessarie: innanzi tutto, le difficoltà di Brugi sono legate alle premesse: l'atto di fedeltà alla scuola di cui parlava nello scritto sull'equità si trova anche nel trattato sulla proprietà, ma forse è proprio quell'atto a scardinare la logica della sua ricostruzione: le premesse scialojane sull'equità erano, sotto certi aspetti, fin troppo semplici. Dire che l'equità era strumento più conveniente al legislatore e relegarlo all'ambito dell'extragiuridico non era bastato poi a risolvere quelle che apparivano rilevanti antinomie del codice civile, e che ricorrevano in tutti i casi in cui il codice faceva riferimento all'equità del

⁽¹⁷⁵⁾ Ivi, p. 327.

⁽¹⁷⁶⁾ Ivi, p. 334. Sul concetto di *aequitas* nel diritto romano v. da ultimo la ricostruzione di F. MAZZARELLA, *Riflessioni sulle radici storiche del principio di ragionevolezza*, cit., pp. 94 e ss. Importanti confronti sul rapporto tra l'*aequitas* presso i giuristi romani e quella presso i giuristi moderni si trovano in B.J.H. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 83.

giudice e si era spinto fino a parlare di equità naturale. Sostenere che se vi era l'autorizzazione del legislatore, l'uso dell'equità per il giudice fosse consentito, si rivelava riduttivo e problematico: segno chiaro che la strada da percorrere non era quella indicata da Scialoja.

Inoltre, sia pure in maniera non sempre univoca e spesso implicita, affiorava l'idea del passaggio concettuale dall'equità naturale all'equità sociale. Parleranno di un'equità formativa Roberto de Ruggiero e Fulvio Maroi, per i quali l'equità ha una funzione diversa quando è consentito al giudice di far ricorso ad essa per desumerne il principio da applicare al caso concreto, in contrasto con la soluzione legale ⁽¹⁷⁷⁾. Un'eco di questo passaggio, in tempi anteriori, si sente anche in Polacco e nelle sue *Cabale*; qui, pur ricordando che non è possibile al giudice uscire dalla legalità, richiamava la giurisprudenza a fare il suo mestiere che era propriamente quello di colmare le lacune, col supporto di una « dottrina progressiva che non ristagna negli imparaticci scolastici », provvedendo sia a quelle lacune che sono già presenti e sono inevitabili nella legge appena emanata, sia quelle che « vi aggiunge di poi il moto della vita che mai si arresta » ⁽¹⁷⁸⁾.

Decisamente numerosi dunque appaiono coloro che tendono ad ammettere la presenza di lacune nell'ordinamento giuridico, tuttavia, anche sotto questo profilo la dottrina restava fortemente divisa intorno ai criteri cui il giudice dovesse fare ricorso per colmare le lacune ⁽¹⁷⁹⁾. Secondo alcuni, il giudice avrebbe dovuto impiegare il diritto naturale, inteso come insieme di principi immutabili ⁽¹⁸⁰⁾; per altri era necessario fare ricorso al diritto naturale ma rispetto ai primi era diverso il modo di intendere tale diritto che non era immutabile, ma al contrario era un diritto variabile nel tempo e nello

⁽¹⁷⁷⁾ R. DE RUGGERO, F. MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, vol. I, *Introduzione e parte generale*, VI^a ed., Milano, Principato, 1943, p. 9, § 6.

⁽¹⁷⁸⁾ V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, cit., p. 172.

⁽¹⁷⁹⁾ Sul punto delle lacune v. anche J.-P. FELDMAN, *Scholies sur l'interpretation du droit selon Hayek*, in « Droits », 33, 2001, pp. 181-190; C. LEBEN, *De quelques doctrines de l'ordre juridique*, in « Droits », cit., pp. 19-39.

⁽¹⁸⁰⁾ G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, cit., p. 11.

spazio e rispondeva alle esigenze sociali ⁽¹⁸¹⁾. In base ad un'altra impostazione ancora, il giudice doveva « ricorrere a quelle norme che sono sentite come diritto dalla coscienza comune » ⁽¹⁸²⁾; tuttavia, anche all'interno di questa posizione si distinguevano coloro che pensavano ad un diritto posto fuori dal diritto positivo ed indipendente da ogni valutazione soggettiva e coloro che pensavano ad un diritto che esisteva in quanto era sentito, come tale, dalla coscienza comune. A questa impostazione era sostanzialmente riconducibile il pensiero di Asquini il quale proponeva di risolvere il problema delle lacune con il riferimento alla natura dei fatti intesa, con Vivante, come fonte del diritto ⁽¹⁸³⁾. Per Asquini due erano i modi di intendere l'equità: il primo era quello che la considerava un criterio di applicazione del diritto ⁽¹⁸⁴⁾, il secondo invece alludeva all'equità come a fonte autonoma del diritto: e così « giudicare secondo la natura dei fatti e secondo l'equità sono concetti equivalenti » ⁽¹⁸⁵⁾.

Tra i fautori del metodo storico-evolutivo, un metodo, come da alcuni veniva ricordato, lontano da ogni esagerazione, Francesco Degni dimostrava quali effetti esso produceva intorno all'applicazione dell'art. 1124 c.c. — articolo che Biagio Brugi definiva non a caso il « polmone che ossigena il chiuso sistema del diritto » ⁽¹⁸⁶⁾ — in specie in relazione al contratto di lavoro. Solo ispirandosi all'equità e quindi solo dando un'applicazione molto ampia all'art. 1124 ⁽¹⁸⁷⁾, il giudice poteva stabilire se tutte le obbligazioni dei

⁽¹⁸¹⁾ R. STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Bad Homburg, Gentner, 1964 [ristampa anastatica dell'ed., Halle an der Saale, 1926], pp. 242 e ss.; ID., *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, Buchhandlung des Waisenhauses, 1923, p. 185. Cfr. anche F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, *Introduction*, Paris, Sirey, 1921, pp. 127 e ss.

⁽¹⁸²⁾ A. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, cit., p. 180.

⁽¹⁸³⁾ A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte del diritto*, cit., pp. 19 e ss.

⁽¹⁸⁴⁾ Ivi, p. 8.

⁽¹⁸⁵⁾ Ivi, p. 20, nota (2).

⁽¹⁸⁶⁾ B. BRUGI, *I principi generali del diritto e il diritto naturale*, in « Archivio giuridico », VI, 1923, p. 165.

⁽¹⁸⁷⁾ Parlerà di uno scopo sociale degli istituti P. COGLIOLO, *Le alte idealità del diritto*, in *Scritti vari di diritto privato*, cit., vol. I, p. 9; ID., *Sul metodo nelle ricerche di diritto privato*, in *Scritti vari di diritto privato*, cit., vol. II, p. 8.

contraenti si potevano riassumere in quelle che le parti avevano espressamente volute o se vi erano altre obbligazioni implicite, cui tacitamente i contraenti si sottoponevano data la mutata natura del rapporto contrattuale in questione. E qui giovava il richiamo ai principi generali, di cui, secondo Degni facevano parte anche quei principi morali che rappresentavano momenti essenziali della vita reale (188). Il giudice non appare a questo autore un ministro di equità, ma un « accorto e sapiente custode del diritto », il cui compito era quello di avvicinare gli istituti giuridici alla vita, facendo scorrere in essi la corrente fresca e vitale che da quella promanava. Ma il sentimento d'equità doveva trovare una solida base nell'ordinamento giuridico positivo, secondo Degni, altrimenti sarebbe stato impossibile tenerne conto ed era necessaria un'applicazione rigorosa della legge (189). Sarà poi Ludovico Barassi a ricordare che l'equità probivirale serviva perfettamente a colmare le lacune esistenti nell'ambito del contratto di lavoro (190).

8. *Le giurisdizioni speciali e l'equità: il « significato costituzionale » delle giurisdizioni d'equità.*

Subito dopo l'unità d'Italia, furono costituite, con legge, molteplici giurisdizioni speciali. Si trattava di collegi o giunte di arbitri: ma, come si premuniva di avvertire Lodovico Mortara, il nome d'arbitri era adoperato solo per ragioni di opportunità e per esprimere le facoltà eccezionali concesse a questi giudici sia in relazione al procedimento sia in merito alle modalità della decisione (191). L'elenco delle giurisdizioni cosiddette speciali era piuttosto lungo: era chiaro che non tutte le giurisdizioni speciali venissero provviste di poteri d'equità. Tuttavia, se si guarda con attenzione, in molti casi il legislatore aveva preferito la via di una giurisdizione a com-

(188) F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 299.

(189) Ivi, p. 301.

(190) L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1917, vol. II, p. 297.

(191) L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura civile*, I, *Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano, Vallardi, s.d., p. 522.

posizione mista (con membri non togati e a carattere ‘tecnico’) e munita del potere di decidere secondo equità.

Si può analizzare questo fenomeno partendo da un gruppo di leggi abolitrici di usi civici o servitù civiche in varie regioni d'Italia ⁽¹⁹²⁾ dalla fine degli anni Sessanta dell'Ottocento in poi, come ad esempio la legge 15 agosto 1867 n. 3910, che istituiva una giunta d'arbitri, composta dal prefetto della provincia di Grosseto, del presidente e del procuratore del re del tribunale di quella città. Essa fu investita dei poteri di « amichevole compositrice », per giudicare inappellabilmente e senza solennità di forme ⁽¹⁹³⁾. Anche la legge 2 aprile 1882 n. 678 che istituiva giunte dello stesso tipo nelle provincie di Vicenza, Belluno, Udine, decise che i membri fossero il presidente del tribunale, l'ingegnere capo del genio civile, un membro del consiglio provinciale da questo designato. Alle giunte fu attribuita la facoltà di provvedere come amichevoli compositrici e inappellabilmente « per la ricognizione e determinazione dei fondi soggetti all'onere dell'eratico e del pascolo, per la liquidazione del canone dovuto dai proprietari liberati da questo onere, per l'assegnazione del canone stesso ai comuni o frazioni di comune

⁽¹⁹²⁾ Ivi, p. 526: « Prima, per data, fra tali leggi quella del 15 agosto 1867 n. 3910, che concerne l'abolizione dei diritti di servitù di pascolo e di legnatico nel territorio già costituente il principato di Piombino. Vennero appresso: la legge 25 maggio 1876 n. 3124 per la devoluzione e l'affrancamento delle terre nella Sila di Calabria; la legge 2 aprile 1882, n. 678 che abolì i diritti di eratico e pascolo nelle provincie di Vicenza, Belluno e Udine; quella 24 giugno 1888 n. 5489 per l'abolizione delle servitù di pascolo, seminare e legnatico nelle provincie già soggette alla dominazione pontificia (Roma, Perugia, Ascoli Piceno, Macerata, Ancona, Pesaro ed Urbino, Forlì, Ravenna, Bologna, Ferrara) che fu poi modificata dall'altra legge 2 luglio 1891 n. 381 e ridotta con questa a testo unico approvato mediante r.d. 6 agosto 1891, n. 518; la legge 28 febbraio 1892, n. 72 per l'abolizione della servitù di legnatico nel territorio di Tatti, provincia di Grosseto; quella 4 agosto 1894, n. 397 nella parte in cui conferì speciali attribuzioni alle giunte d'arbitri per la materia dell'ordinamento dei domini collettivi nelle provincie degli ex stati pontifici e dell'Emilia ». Ha parlato di « ansia quotizzatrice » e di « entusiasmo eliminatore », P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit., pp. 192-193, sottolineando come all'ottimismo del legislatore preunitario e postunitario si contrapponesse il progressivo fallimento della politica affrancatrice delle terre.

⁽¹⁹³⁾ L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura civile*, I, p. 528.

interessati »⁽¹⁹⁴⁾. Le disposizioni per l'abolizione delle servitù di pascolo e altre nelle provincie dell'ex stato pontificio — a partire dalla l. 24 giugno 1888 n. 5489 — furono più complesse.

In ciascun capoluogo del circondario delle provincie i cui territori furono sottoposti all'applicazione della legge, venne istituita una giunta d'arbitri composta di un giudice del tribunale locale, nominato ogni anno dal primo presidente della corte d'appello e incaricato di presiedere la giunta, e di altri due membri eletti per un biennio, uno dal presidente dello stesso tribunale, l'altro dal prefetto della provincia. Le attribuzioni di queste giunte furono dalla legge distinte in due categorie. La prima comprendeva funzioni strettamente giurisdizionali, enunciate nella prima parte dell'art. 9 (l. 24 giugno 1888 n. 5489) le quali consistevano nella identificazione dei terreni sottoposti alle servitù e di cui veniva ordinata l'abolizione, nella liquidazione e assegnazione delle indennità agli aventi diritto, nonché nella risoluzione di qualunque questione relativa alla servitù e allo svincolo di essa. A quest'ultima competenza in particolare si doveva riferire il principio espresso nell'art. 10 secondo cui le giunte provvedevano come amichevoli compositori ed inappellabilmente salvo che la questione insorta e decisa riguardasse l'esistenza, i limiti e la natura della servitù. In queste ipotesi, la legge (sempre all'art. 10) pur senza dire che le giunte dovevano decidere secondo le regole di diritto, riconosceva agli interessati il diritto di « produrre gravame alla corte d'appello, con le forme del procedimento sommario ». Non v'è dubbio, secondo Lodovico Mortara, che queste giunte avessero carattere giurisdizionale: la stessa obbligatorietà dell'arbitrato, senza possibilità alcuna di scelta per le parti in ordine ai suoi componenti, le collocava in una sfera tutta speciale. Sul perché il legislatore di quegli anni avesse scelto la strada di quelli che si potrebbero definire degli arbitrati forzati non v'è alcun commento di Mortara, che su questo tema preferisce indagare i profili tecnici e le relazioni con la magistratura ordinaria senza esprimere giudizi. Tuttavia, è possibile desumere dalla sua trattazione che i profili tecnici e l'esigenza di delicate e forse anche costose perizie avessero indirizzato il legislatore verso l'impiego di

(194) Ivi, p. 529.

giurisdizioni speciali, così come la speranza che tale scelta scoraggiasse la litigiosità e la permanenza di situazioni giuridiche di incertezza in merito a diritti patrimoniali anche consistenti.

Le giurisdizioni speciali così istituite furono molteplici e non è questa la sede per un loro esame: ciò che interessava qui mettere bene in evidenza, era la forma originaria e fors'anche il modello che, a partire dagli anni Ottanta dell'Ottocento, il legislatore si era trovato di fronte. Con tale strumento erano state fronteggiate — sia pure con esiti incerti e in taluni casi fallimentari — alcune delle riforme cruciali agli inizi del Regno d'Italia, in presenza di tensioni e di una realtà politica composita. Già prima della guerra mondiale, quindi, questo fenomeno era presente e ben strutturato ⁽¹⁹⁵⁾.

Il comparire delle giurisdizioni speciali, specie dopo l'unificazione legislativa, appariva a Piero Calamandrei come una sorta di anacronismo ⁽¹⁹⁶⁾: alla semplicità della costruzione giuridica, opera del legislatore ottocentesco, si opponeva, in evidente ossimoro, la complessità della nuova realtà. Il fenomeno del continuo incremento delle giurisdizioni speciali, di questo « moltiplicarsi di organi improvvisati, destinati a invadere il campo dei giudici ordinari e a riportare il disordine e l'eterogeneità là dove il nostro legislatore aveva voluto stabilire definitivamente la uniformità e l'armo-

⁽¹⁹⁵⁾ P. CHIMIENTI, *Manuale di diritto costituzionale*, Roma, Athenaeum, 1920, vol. II, p. 522; F. GIANNATTASIO, *Il tribunale delle acque pubbliche e il moltiplicarsi delle giurisdizioni speciali*, in « Rivista di diritto pubblico », 4, 1917, I, p. 241; F. FERRARA, *Diritto di guerra e diritto di pace*, in « Rivista del diritto commerciale », XVI, 1918, I, pp. 690 e ss.

⁽¹⁹⁶⁾ P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, cit., p. 224: « A chi voglia paragonare la proporzionata semplicità e la organica simmetria che il nostro ordinamento giudiziario aveva più di mezzo secolo fa, quando lo costruì di getto, a simiglianza di una gran piramide culminante nella Corte di cassazione, l'unificazione legislativa, con quel complicato laberinto di giurisdizioni speciali create a capriccio da allora a oggi, con quel barocco ammasso di sovrastrutture giudiziarie venute su senza disegno e senza arte, che ormai quasi ricopre le sobrie linee dell'edificio originario, si presenta naturale l'immagine di un di quei mirabili palazzi del rinascimento che l'artefice costruì in mezzo a una piazza, liberi nella spaziosa solitudine... e che poi, in tristi età di decadenza, videro crescere alla loro ombra una insidiosa vegetazione di casupole e stamberghe, che si addossarono a poco a poco alle pareti di travertino, e vi si arrampicarono e vi si annidarono, fino a rivestir l'antica architettura di una soffocante incrostazione parassitaria ».

nia »⁽¹⁹⁷⁾, si presentava secondo Calamandrei come un vero e proprio fenomeno morboso, come un segno di fatale degenerazione degli istituti giudiziari; e in questo modo fu inteso sin dall'inizio cioè fin da quando, molti decenni prima, quella tendenza aveva iniziato a manifestarsi. Ogni nuova giurisdizione speciale appariva così come un « meschino ripiego » adottato di volta in volta da « legislatori che vivono alla giornata » privi del coraggio di un rinnovamento radicale, dalle fondamenta, dell'ordinamento giudiziario ormai invecchiato. Mentre il codice di procedura civile era ormai diventato un « ferro vecchio » che non serviva più, ed il processo civile un'organo impopolare⁽¹⁹⁸⁾, il legislatore si limitava a fare degli interventi occasionali, dettati dall'urgente necessità di provvedere a nuovi casi, e così creava, per certe categorie di controversie, « organi di giustizia più agili e meno dispendiosi di quelli ordinari ». Il quadro descritto da Piero Calamandrei, seppure spietato, appariva piuttosto preciso nella descrizione dei mali e nella proposizione dei rimedi. Le giurisdizioni speciali non erano e non potevano essere un bene per l'ordinamento giuridico: tuttavia, esse rappresentavano un fenomeno oggettivo e crescente⁽¹⁹⁹⁾, in specie in tempo di

⁽¹⁹⁷⁾ Ivi, p. 225.

⁽¹⁹⁸⁾ G. CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1993, vol. I, p. 378, si domandava quale fosse la posizione del processo civile nei confronti degli umili. E rispondeva che sembrava fosse un proposito di tutti, cioè dei poteri pubblici e dei partiti, il provvedere al miglioramento delle classi più umili. « Ma il processo è rimasto un organismo impopolare ». E sembrava che l'impopolarità del processo fosse tenuta nella debita considerazione dallo stesso legislatore che « a ogni piè sospinto crede necessario istituire nuove giurisdizioni speciali ». I giudici ordinari sarebbero risultati infatti inadatti a giudicare certi rapporti: tra queste giurisdizioni speciali Chiovenda ricorda i probiviri; ma la sua posizione resta critica nei confronti delle magistrature speciali. Sulla « crescente antipatia verso il codice del 1865 », v. G. MONTELEONE, *Introduzione a Il Codice di procedura civile italiano del 1865*, a cura di N. PICARDI, A. GIULIANI, Milano, Giuffrè, 2004, p. XX, il quale ricorda come le critiche venissero prevalentemente dai cosiddetti germanisti, e che fu soprattutto Chiovenda a bollare tale codice come fonte di un processo lento, complicato. V. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 61-66; F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 220-221.

⁽¹⁹⁹⁾ F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, in *Studi di diritto processuale*, Padova, Cedam, 1939, vol. IV, pp. 347 e ss.; A. RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, Pa-

guerra, rispetto al quale era impossibile restare indifferenti. Calamandrei analizzava a fondo le ragioni del fiorire delle giurisdizioni speciali o d'equità: il fenomeno dipendeva sia dai difetti presenti in quelle ordinarie, sia dal bisogno di sottrarre, nei momenti in cui il ritmo della vita si faceva più incessante, la « formulazione del diritto alle lentezze della trafila parlamentare ». Ma non era solo del legislatore la responsabilità di tale stato di cose; nella ricostruzione di Calamandrei trova spazio anche la polemica antiburocratica: e così le giurisdizioni speciali consentivano di sfuggire ai sistematici inciampi, che « nello Stato costituzionale una burocrazia accentratrice e incompetente frapponesse alla rapida emanazione di norme giuridiche adeguate alle esigenze imperiose di un periodo d'eccezione »⁽²⁰⁰⁾. Posto in questi termini, il problema delle giurisdizioni speciali non appariva più come un semplice problema relativo all'ordinamento giudiziario, ma di diritto costituzionale⁽²⁰¹⁾.

Specie in tempo di guerra, infatti, come anche nel periodo post-bellico, Calamandrei constatava un'intensificazione del ricorso alle giurisdizioni speciali: e così quasi tutti i decreti luogotenenziali, nelle più varie materie, non mancavano di sottrarre alla giurisdizione ordinaria le controversie che potevano sorgere dalle norme date e di rimettere la decisione a un collegio di arbitri, in certi casi scelti dalle parti, oppure di istituire direttamente un organo pubblico permanente *ex novo* per la soluzione di certe peculiari controversie. E proprio il pullulare di giurisdizioni speciali in tempo di guerra, rafforzava l'idea, in Piero Calamandrei, che l'intento non fosse meramente quello di sottrarre alcune categorie di controversie al giudice ordinario, ma che vi fosse la volontà di spostare —

dova, Cedam, 1935, vol. II, pp. 159 e ss. 207 e ss. C.M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, cit., pp. 188-189, negava che le giurisdizioni di equità istituite durante la guerra avessero prodotto un diritto nuovo e quindi effetti sull'ordinamento a carattere permanente e sosteneva che avessero una natura transitoria. Egli individuava nell'art. 409 c.p.c. l'unica norma che richiamava un'equità generale, nel momento in cui disponeva che nella formulazione di nuove condizioni di lavoro la magistratura del lavoro dovesse giudicare secondo equità.

⁽²⁰⁰⁾ P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, cit., p. 227. Cfr. C. LATINI, *Governare l'emergenza*, cit., p. 12.

⁽²⁰¹⁾ P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, cit., p. 277.

l'autore parlerà di un « larvato decentramento legislativo »⁽²⁰²⁾ — il processo di formazione del diritto altrove rispetto alla sede parlamentare. In questo senso, erano evidentemente diverse — quasi capovolte — le ragioni che avevano mosso il legislatore nell'immediatezza dell'unità, ed il legislatore che si era trovato di fronte alla questione sociale. E in entrambi i tipi di giurisdizioni speciali i giuristi non avevano avuto 'fortuna', non trattandosi di calibrare le diverse opzioni ermeneutiche disponibili ma di « ascoltare direttamente la vita sociale che pulsa »⁽²⁰³⁾, con tutti i suoi sentimenti, con tutte le sue aspirazioni, con tutti i suoi conflitti. Se perciò nei primi anni dell'unità l'impiego delle giurisdizioni speciali era servito per realizzare delle riforme che (come nel caso delle servitù e degli usi civici) non avevano una grossa rispondenza nel tessuto sociale, qui si trattava di dare una risposta proprio al sociale, in alcuni casi recependo — e traducendo in diritto — le istanze che venivano dalla società.

A maggior ragione nelle giurisdizioni speciali create nella seconda metà dell'Ottocento e durante la Prima guerra mondiale, era evidente la quasi inutilità di giudici togati, che erano sì « maestri nel ragionar sul diritto già formulato », ma che si rivelavano inadeguati a riconoscere il diritto nuovo, meno sensibili a tutelare quegli interessi che il diritto di domani doveva accingersi a proteggere. Infatti in queste giurisdizioni di equità i giuristi rappresentavano l'elemento neutrale, il tessuto connettivo; mentre la maggior parte dei giudici era invece costituita da persone digiune di studi giuridici, e cioè da industriali, da agricoltori, da operai, da quelle persone che andavano a formare proprio la coscienza comune che in queste giurisdizioni si utilizzava direttamente come fonte di diritto⁽²⁰⁴⁾. Era frequentemente adottato inoltre il sistema della nomina elettiva dei giudici, fatta dalle classi interessate, o direttamente, come nel caso dei probiviri, o attraverso le loro associazioni sindacali. E Piero Calamandrei riconosceva nel giudice elettivo quel sistema che per la Scuola del diritto libero era il solo a consentire al giudice di essere

⁽²⁰²⁾ Ivi, p. 259.

⁽²⁰³⁾ Ivi, p. 260.

⁽²⁰⁴⁾ Ivi, p. 261.

« il sincero portavoce della coscienza popolare » (205). Si trattava, secondo Calamandrei, di una forma di riconoscimento della lotta di classe, che in questo modo veniva incanalata e assorbita proprio attraverso la formazione di un diritto che si traducesse in vero strumento di pacificazione fra le classi.

Sarà l'avvocato Elio Osilia, un 'pratico' (206), a dissentire su molti dei profili emergenti dalle considerazioni di Piero Calamandrei: innanzi tutto, a proposito dell'identificazione proposta tra equità e diritto naturale (207) e cioè col diritto giusto, ideale, libero, intendendo con esso quel complesso di fattori speciali di cui di solito teneva conto il legislatore e di cui, in questo caso, doveva tener conto il giudice.

Secondo Calamandrei « Il problema, così dibattuto nella dottrina, intorno all'opportunità di considerare *in iure condendo* il diritto naturale come fonte sussidiaria del diritto positivo, è stato dunque, sia pure inconsapevolmente, risolto dal nostro legislatore di guerra in senso affermativo » (208). Osilia invece dissente da questa ricostruzione che, a suo dire, interpreta il concetto di diritto naturale dandogli « un senso positivistico così lato che vi si può senza fatica comprendere ogni diritto non solo ideale ma pure concreto ». Un senso, secondo Osilia, opposto a quello in cui i teorici del giunaturalismo (209) parlavano di diritto naturale. La legislazione di guerra, secondo Osilia, non autorizzava affatto a trarre tali conclusioni rispetto al diritto naturale. La caratteristica principale delle giurisdizioni di equità era, a suo avviso, quella per cui esse erano normalmente costituite dai rappresentanti, solitamente in pari numero, dei gruppi sociali aventi interessi contrapposti nella risoluzione delle controversie. Il legislatore aveva insomma messo gli uni

(205) Ivi, p. 262.

(206) P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 141.

(207) P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, cit., p. 246; E. OSILIA, *L'equità nel diritto privato*, cit., p. 116.

(208) P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, cit., p. 249. Aveva aderito alla posizione di Calamandrei, G. BRUNETTI, *Il diritto naturale nella legislazione civile*, in « Rivista del diritto commerciale », XX, 1922, p. 447.

(209) Tra cui Osilia colloca ovviamente G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, cit., pp. 22-23.

di fronte agli altri sotto la presidenza di un magistrato, elemento neutrale, principali e impiegati, locatori di case e conduttori; proprietari di terre e coloni, proprietari di miniere ed esercenti di miniere. Al contrario, secondo Osilia, non esisteva affatto una coscienza comune rispetto ai problemi economici e sociali, ed il legislatore, essendone consapevole, riteneva impossibile una soluzione pacifica delle controversie se non per via transattiva cioè attraverso un reciproco sacrificio di una parte delle proprie ragioni fatta dai gruppi interessati, con « l'opera conciliatrice del magistrato chiamato a presiedere le giurisdizioni »⁽²¹⁰⁾. La singolarità costituzionale di queste giurisdizioni di equità stava innanzi tutto, per Osilia, nel potere di formulare diritto; poi nell'aver il legislatore di guerra messo sullo stesso piano e quindi aver ritenuto sullo stesso livello di uguaglianza giuridica interessi che avevano una diversa importanza economica e politica e rispetto ai quali il legislatore avrebbe dovuto avere un'attenzione differente (segnando, aggiungeva Osilia, un ritorno al diritto comune, come avveniva con l'effettuarsi della smobilitazione legislativa); altra caratteristica di queste giurisdizioni era quella di avere lasciate libere le varie categorie di interessi così uguagliati di accordarsi come meglio credevano, senza il vincolo « di quella delimitazione posta nell'interesse di tutti, che in fondo è la legge. Con questa lo Stato ha abdicato a una delle sue funzioni essenziali, per motivi di opportunità politica o d'incapacità tecnica ad adempiere alla sua funzione legislativa, in un momento di crisi nazionale, instaurando un regime di legale anarchia giuridica, (che fortunatamente va scomparendo) attraverso l'opera delle giurisdizioni speciali improvvisate dal potere esecutivo ».

Calamandrei si poneva ovviamente il problema della funzione creativa di diritto assolta dalle giurisdizioni speciali in questione: proprio dall'esame del loro significato costituzionale emergeva l'impossibilità di ritenere che esse potessero, creando diritto nuovo, abrogare quello preesistente sostituendosi al legislatore. Ed era proprio il legislatore, nel momento in cui stabiliva che tutte le controversie relative a certi rapporti dovessero essere stabilite secondo equità, a riconoscere all'equità il ruolo di fonte formale del diritto.

(210) E. OSILIA, *L'equità nel diritto privato*, cit., p. 117.

to (211). In questo senso, l'ordinamento giuridico non era affatto completo. Ma dato che sovente la completezza veniva data come acquisita, sembrava che il legislatore, quasi « bramoso di sfuggire alla tirannica clausura di questo involucro inesorabilmente completo che è l'ordinamento giuridico », avesse trovato il modo di « spalancarvi qualche breccia con il crear queste giurisdizioni di equità, che gli permettono di abrogare in blocco tutta una serie di norme legislative ormai invecchiate ». E così, non si poteva sostenere che le giurisdizioni d'equità avessero il potere di abrogare il diritto positivo perché per una serie di rapporti il legislatore aveva direttamente abrogato il diritto vigente riconoscendo all'equità il ruolo di fonte formale. Né si poteva sostenere, e qui il ragionamento di Calamandrei si fa più sottile ma anche più debole, che le giurisdizioni di equità creassero diritto nuovo, perché ormai l'equità aveva avuto il riconoscimento di fonte formale del diritto da parte del legislatore e quindi l'equità, attraverso questo riconoscimento anticipato del legislatore, era entrata a pieno titolo all'interno del diritto positivo (212). Come si vedrà, il profilo della funzione creativa del diritto da parte delle giurisdizioni speciali o d'equità sarà uno dei punti cruciali del dibattito su questi organi. L'opzione di tipo formalistico adottata da Calamandrei serviva a lasciare intatto l'ordinamento e soprattutto il principio fondamentale della separazione dei poteri, lasciando illesi i rapporti tra il legislativo ed il giudiziario, che sarebbero risultati altrimenti sconvolti dal mero riconoscimento di una funzione creativa del diritto da parte di queste giurisdizioni.

« Un soffio di concretezza e di storicità circola, insomma per tutta la vita del diritto » (213). L'indizio di questo nuovo spirito, secondo Giuseppe Maggiore, era il moltiplicarsi delle giurisdizioni di equità che a suo avviso non erano tanto il segnale del fallimento della giustizia ordinaria, quanto quello della pronta risposta che si voleva dare alle mutate esigenze contingenti. In questa nuova co-

(211) P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, cit., p. 248.

(212) Ivi, p. 249.

(213) G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, cit., p. 285.

scienza era presente il recupero del messaggio della Scuola storica che rivendicava la perenne vitalità del diritto. Tuttavia, al contrario di quanto era stato in precedenza sostenuto, per quello che Maggior chiamava il « nuovo storicismo » non c'era alcuna incompatibilità tra elemento statico e dinamico del diritto, tra il suo *esse* e il suo *fieri*. Così, la distanza tra legislatore e giudice doveva essere ridotta, ridotto al minimo il conflitto tra *ius* ed *aequum*. Inutile dire che si trattava di due posizioni piuttosto distanti, unite solo dal riconoscimento dell'utilità delle giurisdizioni di equità e forse della loro inevitabilità, come elemento imprescindibile del presente. La scienza, in questo caso, poteva solo valutare *ex post* quanto già era accaduto: la forza dei fatti si era imposta anche al legislatore. E questi solo con molti giri di parole, e qualche forzatura, poteva essere recuperato, nell'ambito di un'esperienza — quella delle giurisdizioni d'equità — che appariva a tratti l'inevitabile chiosa dell'esplosione della questione sociale e che era destinata a regalare delle aperture imprevedibili al momento della sua istituzione. Solo alla luce di queste considerazioni è possibile comprendere come l'esperienza delle giurisdizioni speciali d'equità alla fine dell'Ottocento, in specie i probiviri industriali, e quelle giurisdizioni che furono il prodotto della guerra, rappresentassero fenomeni legati da una matrice comune. Tant'è vero che proprio la disciplina dei probiviri tende a divenire, come si vedrà, il modello ma anche lo strumento per colmare le lacune della normativa relativa ad altre giurisdizioni date in tempo di guerra, come nel caso del rapporto di impiego privato. Si trattava di un modello di giurisdizione speciale solitamente a carattere tecnico, in cui la componente togata fosse in minoranza, in grado di offrire una giustizia imbevuta d'equità.

9. *Decidere « con poteri di amichevole compositore ».*

Nel saggio che Carlo Lessona dedica a *I doveri sociali del diritto giudiziario civile*, emerge chiaramente l'esigenza di un dibattito interno alla scienza processualistica intorno al problema delle « imperfezioni sociali del diritto giudiziario civile ». Infatti, mentre si era molto discusso e si discuteva delle riforme sociali del codice civile, la procedura civile era rimasta fuori dal movimento scientifico

che invece agitava la civilistica. La processualistica « come non ha quasi approfittato dei nuovi metodi di ricerca storica e positiva, così non ha posto mente ai suoi doveri sociali »⁽²¹⁴⁾. Transazione, compromesso, conciliazione e ovviamente il giudizio pubblico rappresentavano i rimedi approntati dallo stato nel fronteggiare la litigiosità, per risolvere le imperfezioni sociali del diritto giudiziario civile⁽²¹⁵⁾. In questo senso, il tema dei giudizi d'equità e delle giurisdizioni speciali rappresentava un punto di passaggio quasi obbligato, specie per i giuristi più sensibili alle istanze di rinnovamento 'sociale' del diritto. E la riflessione che negli anni a venire ebbe per oggetto la questione delle giurisdizioni di equità in specie quella di Piero Calamandrei, per l'originalità dell'impostazione, capace di cogliere i profili costituzionali dell'emersione di queste nuove figure di giurisdizioni, manifestava un'esigenza di collocazione di tali organi all'interno dell'ordinamento giuridico e rispetto al diritto processuale.

La grande novità « costituzionale » rappresentata dalle giurisdizioni speciali non stava tanto, secondo Piero Calamandrei, nella celerità e nella specialità del procedimento, ma nell'ampiezza dei poteri decisionali rimessi al giudice dal legislatore⁽²¹⁶⁾. In effetti, nella maggior parte dei decreti istitutivi di queste giurisdizioni durante la guerra, per non dire nella quasi totalità dei casi, si faceva riferimento ad una decisione da prendere « con poteri di amichevoli compositori »⁽²¹⁷⁾.

⁽²¹⁴⁾ C. LESSONA, *I doveri sociali del diritto giudiziario civile*, Torino, Bocca, 1897, p. 2.

⁽²¹⁵⁾ Ivi, p. 15; Lessona è abbastanza scettico nei confronti della giustizia praticata dai conciliatori: « Di questa malaugurata equità, la Francia e l'Italia stanno facendo un triste esperimento nelle sentenze dei conciliatori incensurabili in cassazione... Il vero è che solo per lesinare la giustizia, si è cercato un giudice gratuito: l'essenziale era non pagarlo, il meno che facesse giustizia buona ». V. anche L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, 4ª ed., Torino, Bocca, 1904, vol. I, pp. 133 e ss.

⁽²¹⁶⁾ Sulla funzione legislativa esercitata dall'esecutivo specie in tempo di guerra v. C. LATINI, *Governare l'emergenza*, cit., pp. 157 e ss.

⁽²¹⁷⁾ Tipici in questo senso si possono considerare dapprima il r.d. 5 febbraio 1909, n. 37, art. 6 (terremoto in Sicilia); poi il d.lt. 30 settembre 1915 n. 1444 art. 11 (zolfare siciliane); d.lt. 17 febbraio 1916 n. 179, art. 4 (zolfare siciliane); d.lt. 22 ottobre 1916, n. 1422, art. 2 (affitti di fabbricati nel comune di Venezia); d.lt. 8 marzo 1917, n. 403, art. 3; d.lt. 30 dicembre 1917, n. 2046, art. 3; d.lt. 30 dicembre 1917 n. 2040 (lo-

La figura dell'amichevole compositore era presente nel codice di procedura civile, sotto il capo II, *Del compromesso*, all'art. 20, per il quale « gli arbitri decidono secondo le regole di diritto, se il compromesso non li abbia autorizzati a decidere come amichevoli compositori ». L'amichevole compositore era nient'altro che una specie del genere arbitro ⁽²¹⁸⁾, cioè un privato cui le parti avevano conferito il potere di decidere non secondo le regole di diritto ma secondo equità ⁽²¹⁹⁾.

cazione di case); r.d. 6 marzo 1917 n. 403, art. 3; d.lt. 1° febbraio 1918 n. 102, art. 12 (persone o enti delle province venete che hanno abbandonato la loro residenza); d.lt. 30 giugno 1918 n. 880, e le relative circolari del Ministero della Giustizia, 5 novembre 1918, n. 1969 e 27 luglio 1919, n. 1993 (contratti agrari); r.d. 4 gennaio 1920, n. 1 e 18 aprile 1920, n. 475, art. 1 e ss. (Commissario degli alloggi. In particolare, da notare è l'art. 6 di quest'ultimo decreto che, dando al Commissario facoltà di sospendere gli sfratti, lo incarica di « accertare la necessità morale e sociale della sospensione »; r.d. 3 aprile 1921, n. 331, art. 7 (relativo alla proroga dei contratti di locazione di locali ad uso negozi, uffici ecc.).

⁽²¹⁸⁾ P. COGLIOLO, *Arbitrati senza le forme del codice*, in *Scritti vari di diritto privato*, cit., vol. I, pp. 529 e ss., scriveva, a proposito dell'arbitrato irrituale: « Malgrado i dissensi dottrinali la giurisprudenza continua a riconoscere validi tali arbitrati. La pratica del diritto in tutti gli stati si è a questo proposito affermata con un crescere continuo di stipulazioni, patti di società, statuti di associazioni, moduli tipici per contratti commerciali, nei quali tutte le parti si rimettono per le loro contese alla decisione di proviviri, o di più persone, senza un vero compromesso e senza le forme procedurali dell'arbitrato. Ora non c'è ragionamento giuridico, fosse pur logico, che può vincere e violentare i fenomeni della vita, perché ciò che è ha sempre maggior valore di ciò che dovrebbe essere. Bisogna che ci abituiamo a rinunciare alle attrattive della pura logica e del rigore dei principii giuridici preesistenti; dobbiamo abituarci a sacrificare la logica alle esigenze della vita ». Chiovenda, secondo Cogliolo, vedeva nell'arbitrato un atto di natura privata (p. 529) mentre altri, in conflitto col Chiovenda, vedono nell'arbitrato un atto di natura giurisdizionale. Secondo Pietro Cogliolo ci sono entrambi i caratteri all'interno della figura dell'arbitrato: la natura privata è data da alcuni elementi, quali la posizione delle questioni, l'esonero dalle forme, il prolungamento dei termini, il pagamento degli arbitri; essi trovano la loro disciplina nell'istituto del mandato. Invece l'obbligo di sentire le difese delle parti, « il giuramento ai testi, la forza delle dichiarazioni fatte dagli arbitri nel lodo circa fatti compiuti da essi od avvenuti alla loro presenza, la forma della sentenza, le cose essenziali che deve contenere, i mezzi di impugnativa sono i lati della natura giurisdizionale e non si spiegano più con le pure norme del mandato, ma suppongono l'autorità conferita dalla legge al *iudex privatus* ». Cogliolo considera questi compromessi irrituali come regolati dalla figura del mandato (p. 531).

⁽²¹⁹⁾ C. NICOLINI, *Della equità civile*, Napoli, Dicesinia, 1884; U. CAO, *Per la ri-*

Lodovico Mortara si domandava quali fossero le norme o i principi in base ai quali si decidesse il giudizio di fronte agli arbitri, se si trattasse dei principi di diritto positivo vigente o delle norme di equità⁽²²⁰⁾. La nostra legislazione, scriveva Mortara, adeguandosi « servilmente al legislatore francese, non presume che nel fatto stesso di nominare degli arbitri vi sia l'intenzione di sottrarre la controversia al rigore delle norme giuridiche »⁽²²¹⁾. Era ammesso tuttavia che le parti potessero avere questa intenzione, ma essa doveva essere dichiarata espressamente con l'attribuzione agli arbitri della qualità di 'amichevoli compositori'. In caso diverso tali arbitri erano giudici veri e propri. Questa scelta del legislatore francese si spiega con le condizioni storiche nelle quali essa fu fatta:

forma del processo civile in Italia. Ricerche di sistema e tentativi di applicazione, Cagliari, Meloni e Aitelli, 1912, vol. I, pp. 198 e ss., parlava di esigenze sociali del processo civile; P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, cit., p. 228; v. anche ID., *Diritto ed equità nell'arbitrato*, in « Rivista di diritto processuale civile », 1, 1930, II, pp. 63-72, ora in *Studi sul processo civile*, Padova, Cedam, 1934, vol. III, pp. 67-74; L. VIESTI, *Giurisdizioni di equità e giurisdizione corporativa*, Firenze, La nuova Italia, 1932; M. D'AMELIO, *L'influenza del concetto di equità nel diritto italiano, relazione discussa nella seduta della classe di scienze morali, storiche e filologiche del 19 giugno 1938*, s.l., s.d., estratto da *Reale Accademia nazionale dei Lincei, Classe di scienze morali, storiche e filosofiche*, 19 giugno 1938; V. DENTI, *Contributo allo studio del giudizio di equità nel processo civile*, Milano, Garzanti, 1944; C.M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile: premesse teoriche*, cit.; G. LUMIA, *L'equità tra la giustizia e la legge*, Padova, Cedam, 1976.

⁽²²⁰⁾ L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, *La conciliazione - il compromesso. Il procedimento di dichiarazione in prima istanza*, Milano, Vallardi, 1905, p. 158.

⁽²²¹⁾ *Ibidem*; P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, cit., p. 159. Valentino RIVALTA, *I giudizi d'arbitri. Saggio di legislazione e giurisprudenza antica e moderna*, Bologna, Zanichelli, 1885, p. 319, ricordava come nel codice di procedura civile francese del 1806 « si volle, che, ove le parti non si fossero spiegate nel compromesso, si dovesse innanzi tutto presumere essersi riferite al diritto comune quanto alle forme, ai termini del procedimento d'arbitri, all'istruzione della causa, al profferimento della sentenza... Alle parti quindi e agli arbitri fu imposta l'osservanza di tutte quante le formalità che impacciavano la giustizia innanzi ai tribunali; a quelli in specie fu ingiunto di decidere secondo le regole di diritto... Rimase la strana presunzione che le parti, tacendo, intendessero riferirsi alla procedura ordinaria: dico strana, imperocché, chi sono mai coloro i quali compromettendo, pensino di obbligare sé stessi e gli arbitri alle forme e alle regole del diritto? ».

stavano sbollendo, come dice Mortara, gli entusiasmi per gli arbitramenti, entusiasmi che erano stati la conseguenza delle diffidenze verso la giustizia di antico regime ⁽²²²⁾. La differenza tra gli arbitri giudici e quelli compositori stava principalmente nella sentenza, mentre l'istruzione e la discussione erano sottoposte alla medesima disciplina. Gli arbitri che erano chiamati a giudicare come amichevoli compositori non potevano essere censurati per aver deciso secondo le regole del diritto (dovendosi basare sulle norme d'equità): l'equità infatti ad avviso di Mortara non stava fuori dell'ordinamento giuridico ed il diritto si accordava in genere all'equità. Perciò l'amichevole compositore che avesse deciso secondo equità doveva, per Mortara, aver trovato una corrispondenza tra le norme giuridiche che aveva applicato e i principi dell'equità. La vera differenza tra il compositore amichevole ⁽²²³⁾ e l'arbitro-giu-

⁽²²²⁾ Scriveva V. RIVALTA, *I giudizi d'arbitri*, cit., p. 313 che « le intemperanze rivoluzionarie avevano fatto perdere quasi totalmente la fiducia dei giudizi d'arbitri ». In effetti, come faceva notare questo Autore, « La prima Assemblea nazionale affermò il principio tradizionale, dichiarando nel decreto del 24 agosto 1790, titolo I, articolo I, essere l'arbitrato « le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens » (p. 300). Per l'esercizio della giustizia privata in antico regime e per il rilievo assunto dall'arbitrato necessario specie durante il periodo rivoluzionario, v. L. MARTONE, *Arbiter-arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli, Jovene, 1984, pp. 12 e ss., e pp. 218-219: « Come è noto, la diffidenza verso l'antico apparato giurisdizionale spinse il legislatore giacobino ad imporre l'arbitrato per moltissime materie, in luogo del giudizio ordinario. La possibilità di rinunciare alla cognizione del giudice, accolta nella legge francese del 16-24 agosto 1790, fu riaffermata dall'art. 87 della Costituzione del 24 giugno 1793 ed influenzò in maniera determinante la legislazione degli stati preunitari italiani (p. 218). Inoltre, l'impegno a conservare l'arbitrato necessario, e addirittura ad imporlo in alternativa alla giustizia ufficiale nel suo complesso, fu comune a quasi tutto il movimento politico che accompagnò la grande Rivoluzione ».

⁽²²³⁾ G.M.A. ENEA, *La giustizia gratuita negli uffici di conciliazione e definitivo loro riordinamento*, Città di Castello, S. Lapi, 1905, p. 45: « L'amichevole compositore ha bisogno soltanto di essere dotato di buon senso comune e di una coltura ordinaria, dappoiché un'istruzione superiore gli farebbe più male che bene, abituando la mente a distinzioni ed a sottigliezze che lo renderebbero titubante ed incerto nelle sue proposte conciliative ». V. anche H. DE PANSEY, *Della competenza dei giudici di pace*, trad. a cura di F. CAFARO, Napoli, Tramater, 1829, pp. 6 e ss.; P. COGLIOLO, *L'amichevole compositore*, in *Scritti vari di diritto privato*, cit., vol. I, pp. 542 e ss., ricordava come secondo il c.p.c. la distinzione tra arbitro di diritto ed arbitro amichevole compositore

dice ⁽²²⁴⁾ consisteva nel fatto che il primo poteva mitigare la previsione normativa o comunque aveva la possibilità di evitare di trarre dal ragionamento giuridico le sue conseguenze più rigide, il secondo invece non poteva farlo.

Indagando ancora più a fondo la natura dell'amichevole compositore, si evidenziava come questo non fosse affatto un organo dello Stato. La denominazione poteva inoltre trarre in inganno e far pensare ad un conciliatore: con esiti errati, perché il conciliatore

fosse ben precisa e delineata nell'art. 20 c.p.c. (p. 542). Contro le sentenze dell'arbitro di diritto inoltre era ammesso l'appello e il ricorso in cassazione, mentre contro le sentenze dell'amichevole compositore non si poteva proporre appello (art. 28 c.p.c.), né ricorso in cassazione (art. 31 c.p.c.). La differenza tra le due forme di arbitrato « suole definirsi con una dicitura, apparentemente giusta e che soddisfa: nel primo caso, si dice, l'arbitro decide secondo il diritto e nell'altro caso decide secondo l'equità, ed ognuno comprende o crede di comprendere quale sia la diversità tra diritto ed equità, due concetti e due parole che da secoli hanno sempre formato antitesi e contrasto. Ma che cosa sia l'*aequitas* non è facile dire (p. 543) e non si è di accordo tra gli scrittori, e d'altra parte anche il giudice più rigoroso e perciò anche l'arbitro di diritto deve tener conto dell'equità, per lo meno quando la legge glielo comanda (art. 1124 c.c.). Un taglio netto tra diritto ed equità non è possibile farlo, e non lo si può porre come il criterio assoluto che distingue l'arbitro di diritto dall'amichevole compositore, sebbene la distinzione sia vera in questo senso, che il giudice comune può ricorrere all'equità quando la legge glielo consente, mentre l'amichevole compositore deve sempre ed unicamente ispirarsi a concetti equi (543) ». « Siccome la norma giuridica non è una verità assoluta, ma è la norma ispirata da criterii di media prudenza e di media utilità per una ipotesi che in pratica abbraccia numerosi casi, così avviene che per le tre ragioni ora esposte si presenti una fattispecie nella quale la media prudenza, o perché i tempi sono mutati o perché una particolarità di fatto e prevalente modificherebbe, attenuerebbe e talvolta muterebbe la norma precostituita: queste modifiche, queste attenuazioni, queste mutazioni che fanno adattare la norma al caso e calzare l'abito al corpo sono tutte indicate col nome di equità. Ma sotto il nome di equità si intende un altro ordine di idee, specialmente importante per la figura dell'"amichevole compositore", ed è quell'insieme di considerazioni per le quali l'arbitro fa a così dire una transazione tra le varie pretese in contesa ».

⁽²²⁴⁾ A. SCIALOJA, *Gli arbitrati liberi*, in « Rivista del diritto commerciale », XX, 1922, I, pp. 516 e ss.; T. ASCARELLI, *Arbitri e Arbitratori: gli arbitrati liberi*, in « Rivista di diritto processuale civile », VI, 1929, I, pp. 308 e ss.; S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1969; v. anche G. COLLURA, *Contributo allo studio dell'arbitrato libero in Italia*, Milano, Giuffrè, 1978; A. PROTO PISANI, *Materiali per uno studio dei contributi processualcivilistici della « Rivista di diritto commerciale » (1903-1923)*, in « Quaderni fiorentini », 16, 1987, pp. 387 e ss.

tendeva ad esercitare sulle parti in conflitto un'opera di persuasione, per indurli a dar vita, con efficacia costitutiva, ad un nuovo negozio giuridico con natura affine alla transazione; l'amichevole compositore invece tendeva a decidere la lite direttamente, anche contro la volontà delle parti, con sentenza meramente dichiarativa (225). Secondo Calamandrei occorreva distinguere le controversie giuridiche da quelle economiche. Nelle prime, potevano ricorrere tre figure e cioè il giudice giusdicente (giudice pubblico o arbitro in base ad un compromesso) ed il giudice di equità (amichevole compositore *ex art. 20 c.p.c.*) e il giudice conciliatore (in base agli artt. 1 e ss. *c.p.c.*). Nelle controversie meramente economiche si poteva avere il mediatore (che mirava a metter d'accordo le parti per far loro concludere un nuovo contratto) e l'*arbitrator* (il quale fissava, sostituendosi alla volontà delle parti, il contenuto di un nuovo contratto).

Si potevano quindi avere: arbitri, amichevoli compositori, *arbitratores*, giudici conciliatori, mediatori, probiviri. I probiviri in particolare manifestavano una natura composita: essi infatti partecipavano dei caratteri dell'*arbitrator*, del conciliatore e del giudice d'equità (226) (amichevole compositore *ex art. 20 c.p.c.*). L'amichevole compositore, dunque, non provocava volontari componimenti di rapporti conflittuali, come nel caso del conciliatore; non realizzava un ufficio di cooperazione alla formazione di nuovi negozi giuridici come l'*arbitrator*, ma decideva — con efficacia dichiarativa — le controversie inerenti ai rapporti giuridici già esistenti: come d'altra parte era compito dell'arbitro privato o del giudice pubblico. Ma, c'era da chiedersi se le giurisdizioni speciali, specie quelle in tempo di guerra, avevano la natura di collegi arbitrali in senso tecnico (cioè nel senso degli articoli 8 e ss. *c.p.c.*). Quando infatti i vari decreti luogotenenziali parlavano di giunte d'arbitri o di commissioni arbitrali in realtà non si parlava che impropriamente di arbitrati (227). Si trattava di giurisdizioni speciali sulla cui composi-

(225) P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, cit., p. 229.

(226) Ivi, p. 230, nt. 1.

(227) P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, cit.,

zione le parti non avevano di solito alcuna possibilità di intervento e di scelta. In altre ipotesi, si configuravano dei veri e propri arbitramenti forzati e cioè la legislazione di guerra stabiliva che per la decisione delle controversie sorte intorno a certi rapporti derivanti dall'applicazione di determinate norme, i cittadini non potessero adire l'autorità giudiziaria ma dovessero rivolgersi ad un collegio arbitrale composto di persone scelte dagli stessi litiganti ⁽²²⁸⁾.

La distinzione tra arbitramenti forzati e giurisdizioni speciali

p. 231. L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, cit., p. 522: « Una moltitudine di leggi, varia per gli oggetti su cui dispongono e per gl'intenti con cui furono dettate, fece pullulare numerose giurisdizioni speciali, di cui non possiamo dispensarci dal tenere discorso, per indagare le relazioni di ciascuna di esse con la giurisdizione civile ordinaria... Un buon nucleo di tali istituti speciali si presenta sotto la forma di collegi o giunte di arbitri [...]. Avvertasi, in via preliminare, che il nome di arbitri è adoperato per mera opportunità, e come indicazione delle facoltà eccezionali concesse a codesti giudici speciali quanto al procedimento e al modo di decidere. Ma non sarebbe lecito confondere siffatti arbitri con quelli che il codice di procedura civile concede di eleggere a giudici delle private contese. Carattere essenziale dell'istituto degli arbitri contemplato dal codice di procedura civile è appunto la libera elezione delle parti, che sostituiscono persone di propria esclusiva fiducia ai giudici che lo stato investe della ordinaria potestà di decidere i loro litigi. Invece, gli arbitri delegati da leggi speciali all'esercizio di certi uffici di giurisdizione non sono, né possono essere scelti dalle parti; bensì le leggi stesse determinano a quali persone spetti l'incarico, in contemplazione di altri pubblici uffici occupati, ovvero mandano a funzionari pubblici designati la nomina degli arbitri, con limitazioni più o meno tassative alla facoltà di scelta. In generale, questi collegi o giunte arbitrali sono, adunque, veri e propri organismi giurisdizionali dello stato, tribunali speciali in tutto il rigore della parola. E spesso, come vedremo, congiungono alla funzione giurisdizionale anche una funzione amministrativa cooperante allo scopo della loro istituzione ». V. GALANTE, *Diritto processuale civile*, Napoli, Alvano, 1909, 2^a ed., p. 89; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1923, pp. 586-588; K. HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, [Leipzig 1912], Aalen, Scientia Verlag, 1980, vol. 2, p. 522; G. TRIANI, *Nota sull'arbitrium boni viri*, in *Studi giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di Filippo Serafini*, Firenze, Barbèra, 1892, pp. 170-171, ricorda come spesso si confonda l'*arbitrium boni viri*, che a suo avviso coincideva con l'equità, con gli elementi del compromesso.

⁽²²⁸⁾ V. il d.lt 18 luglio 1918, n. 1194 (miniere di zolfo), art. 15; d.lt. 10 febbraio 1918, n. 212, art. 7; d.lt 27 febbraio 1919, n. 250, art. 7 (distribuzione di energia elettrica), d.lt. 14 luglio 1918, n. 1047, art. 1 (pubblici servizi affidati all'industria privata); d.lt. 7 febbraio 1918, n. 153, art. 3 (prosciugamento di terreni); d.lt. 7 gennaio 1917, n. 35, art. 15 (combustibili fossili); d.lt 9 febbraio 1919, n. 112, art. 14 (contratto di impiego privato, per le controversie di valore superiore alle L. 300).

non era affatto facile: e mentre Guido Zanolini proponeva un criterio secondo il quale le giurisdizioni speciali sarebbero state istituite per decidere una serie indeterminata di controversie, e gli arbitrati obbligatori per giudicarne una sola ⁽²²⁹⁾, orientativamente, Calamandrei individuava un unico e a suo avviso sicuro tratto distintivo: nell'arbitramento forzato la scelta delle persone componenti il collegio giudicante era rimessa alle parti; nelle giurisdizioni speciali i componenti il collegio giudicante erano invece scelti dall'autorità pubblica che non era parte in causa ⁽²³⁰⁾.

9.1. *La natura costitutiva o dichiarativa delle giurisdizioni di equità.*

Le sentenze pronunciate dai giudici d'equità avevano un carattere, ad avviso di Piero Calamandrei, dichiarativo e non costitutivo. Solo in alcuni casi era possibile che esse avessero carattere costitutivo, ad esempio quando si trattasse di un amichevole compositore scelto dalle parti; questi doveva avere ottenuto dalle parti (compromittenti) stesse, con loro autorizzazione esplicita ⁽²³¹⁾, il potere di pronunciare non tenendo conto delle regole di diritto. Sulla base di questa premessa, quando tra due cittadini fosse sorta una controversia civile ed essi avessero concluso un compromesso con espressa autorizzazione conferita all'arbitro di decidere con potere di amichevole compositore, entrambi avevano « una generica intenzione di transigere », ciascuno rinunciando a quanto avrebbe potuto pretendere se la lite si fosse definita sulla base di una decisione rigorosamente giuridica. La decisione dell'amichevole compositore

⁽²²⁹⁾ G. ZANOLINI, *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in *Annali delle Università toscane*, V (1920), pp. 17-18; ID., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. ORLANDO, Milano, Società editrice Libreria, 1920, vol. II, P. 3, pp. 577 e ss.; v. anche G. INGROSSO, *Giunte d'arbitri*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, Società editrice Libreria, s.d., vol. VII, P. I, pp. 217 e ss.; E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Roma, Athenaeum, 1917, vol. I, n. 198.

⁽²³⁰⁾ P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, cit., p. 232.

⁽²³¹⁾ Ivi, p. 251.

aveva in questo caso natura costitutiva, perché « essa, anziché un semplice accertamento di rapporti giuridici già esistenti, perfeziona un negozio giuridico nuovo che si basa sulla volontà delle parti di sostituire al rapporto litigioso un diverso rapporto giuridico, derivante dal componimento amichevole delle rispettive pretese ». In mancanza di una dichiarazione delle parti, tuttavia, la pronuncia del giudice di equità restava meramente dichiarativa.

Si poteva arrivare a dimostrare la natura costitutiva del lodo emesso dall'amichevole compositore anche partendo dal presupposto della completezza dell'ordinamento giuridico. In tale ipotesi, infatti, pur non mancando una norma all'interno dell'ordinamento giuridico, dato il conferimento da parte del legislatore al giudice di uno specifico potere di tipo creativo, il magistrato poteva effettuare una deroga a tale norma⁽²³²⁾. Era evidente, quindi, che la natura processuale delle sentenze pronunciate dai giudici d'equità, era, secondo Calamandrei, prettamente dichiarativa e non costitutiva come quella delle decisioni dell'arbitro amichevole compositore (*ex art. 20 c.p.c.*). Giuseppe Chiovenda insegnava — e a ricordarlo era sempre Calamandrei — che le decisioni dell'arbitro amichevole compositore erano decisioni a carattere costitutivo⁽²³³⁾: l'amichevole compositore infatti decideva rapporti litigiosi, il che lo assimilava all'arbitro, ma non necessariamente secondo il diritto, ciò che gli dava un potere modificativo e costitutivo dei rapporti. Anche Guido Zanobini, sia pure in maniera implicita, confermava questa decisione, riconoscendo all'amichevole compositore la facoltà di creare un diritto suo proprio, cioè di sostituirsi al legislatore. Donato Donati a sua volta dichiarava che qualunque sentenza pronunciata da un giudice nell'esercizio di un potere creativo (e quindi anche la pronuncia dell'arbitro amichevole compositore) era sempre una sentenza costitutiva di diritto⁽²³⁴⁾ o quanto meno di un negozio giuridico. Quello che Calamandrei cercava di dimostrare era la natura costitutiva delle decisioni dell'arbitro amichevole compositore (*ex art. 20 c.p.c.*) e la contrapposta natura dichiarativa delle

⁽²³²⁾ Ivi, p. 254.

⁽²³³⁾ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 1.

⁽²³⁴⁾ D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 214.

pronunce del giudice di equità. Le giurisdizioni di equità, infatti, a suo avviso, non erano propriamente identificabili con la fattispecie prevista dal c.p.c. all'art. 20.

Nel caso dell'amichevole compositore, il potere di pronunciarsi non seguendo le regole di diritto poggiava su una esplicita autorizzazione data dai compromittenti, che sceglievano di seguire questa via, rinunciando alla decisione *secundum ius*. Due erano quindi le possibili ricostruzioni dottrinali della natura costitutiva della decisione dell'amichevole compositore: la prima, quella scelta da Calamandrei, proponeva l'idea di un compromesso concluso tra le parti per risolvere una controversia con espressa autorizzazione rivolta all'arbitro di decidere con poteri di amichevoli compositori. La decisione in questo caso aveva natura costitutiva perché anziché realizzare un semplice accertamento dei rapporti giuridici esistenti perfezionava un negozio giuridico nuovo che si basava sulla volontà delle parti. Alla stessa conclusione, e cioè alla natura costitutiva della decisione, si poteva pervenire anche seguendo il percorso compiuto da Donati nel saggio sulle lacune. Partendo dal presupposto della completezza dell'ordinamento giuridico, la legge in alcuni eccezionali casi conferiva un potere creatore al giudice. Il caso doveva essere perciò regolato dalla norma per esso prevista e contenuta dall'ordinamento giuridico fino al momento in cui non si fosse verificato l'intervento del giudice. Dopo tale pronuncia, quel caso veniva regolato invece dalla norma stabilita dal giudice stesso. Questo ragionamento fatto da Donati poteva, secondo Calamandrei, senz'altro applicarsi alle decisioni degli arbitri amichevoli compositori.

La definizione della natura costitutiva o dichiarativa delle sentenze dei giudici d'equità rispetto a quelle degli amichevoli compositori serviva per rimarcare le differenze tra i due istituti. Sancire la diversità della natura della pronuncia dei due organi era perciò essenziale nel ragionamento di Calamandrei al fine di delineare la figura delle giurisdizioni di equità come fattispecie autonoma anche rispetto all'arbitrato ⁽²³⁵⁾ (sia pure nelle forme dell'amichevole com-

⁽²³⁵⁾ Un arbitrato la cui « processualizzazione » sarebbe stata un fenomeno recente, risalente cioè alle soglie della codificazione, che si realizzava dando rilievo pub-

positore). Il potere di decidere le controversie, nel caso delle giurisdizioni di equità, era infatti conferito non dalle parti, bensì dallo Stato, e le parti non avrebbero potuto provocare una decisione *secundum ius*; queste ultime erano obbligate a sottostare ad una decisione di un organo pubblico che poteva, nel decidere, allontanarsi dal diritto positivo. Le parti, dunque, nell'ipotesi delle giurisdizioni d'equità, non avevano una volontà di transigere ma intendevano solo far dichiarare il loro diritto che secondo Calamandrei era preesistente rispetto all'accertamento giudiziario. Per tutti i rapporti deferiti dallo Stato alla decisione di queste giurisdizioni speciali non esisteva altro diritto al di fuori dell'equità. Tali decisioni, così, non davano al rapporto un regolamento giuridico diverso rispetto a quello prescritto *secundum ius*, ma miravano ad accertare in quale modo prima e fuori del processo tale rapporto fosse regolato dai principi dell'equità naturale. Tali principi esistevano già, come accadeva per la consuetudine, e ci si limitava a trovarli e dichiararli. Né valeva, per negare il carattere dichiarativo di queste sentenze, obiettare che in realtà i principi di equità naturale non avevano altro modo di affermarsi che per via giudiziaria. Anzi, l'incremento delle giurisdizioni d'equità era dipeso dal rilievo, voluto dal legislatore, che l'ostilità di certe classi verso alcuni istituti non era più limitato ad un senso di irrequietezza, ma si sostanzialmente nella formazione di un nuovo diritto, nascente spontaneamente e senza il suggello della legge ⁽²³⁶⁾.

Sarà l'avvocato Elio Osilia a rispondere a Piero Calamandrei su questo punto, con osservazioni non trascurabili, anche se giuridicamente meno raffinate. Osilia usava, significativamente, le stesse fonti e gli stessi autori di Calamandrei dimostrando però l'esatto contrario, e cioè che le sentenze dei giudici d'equità avevano invece natura costitutiva e dunque al giudice d'equità si doveva riconoscere un potere creativo di norme ⁽²³⁷⁾. Significative, in particolari, sono le considerazioni di Osilia sul modo di intendere il potere

blicistico alla natura giuridica dell'arbitrato mettendo « in ombra i motivi contrattuali »; cfr. L. MARTONE, *Arbiter-arbitrator*, cit., p. 3.

⁽²³⁶⁾ P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, cit., p. 256.

⁽²³⁷⁾ E. OSILIA, *L'equità nel diritto privato*, cit., p. 119.

creativo di norme del giudice di equità. Tale espressione doveva essere intesa nell'unico senso che questa poteva avere all'interno dell'ordinamento giuridico: essa cioè significava che il giudice non era tenuto ad applicare la legge, ma poteva decidere in base ad una norma (creata *ad hoc*) che era riconosciuta — anticipatamente e genericamente — come diritto dalla legge positiva speciale. La non impugnabilità in cassazione delle decisioni dei giudici di equità avrebbe confermato, secondo Osilia, il ragionamento proposto. Il rifiuto dell'impostazione di stampo formalistico — cui Calamandrei paga il suo tributo nonostante l'originalità e l'intenso valore scientifico del *Significato costituzionale delle giurisdizioni di equità* — culminava invece nel ragionamento di Giuseppe Chiovenda a proposito dei probiviri industriali: il passaggio dall'impopolarità del processo civile, distante anni luce dalla classe degli umili e dei diseredati, all'istituzione delle giurisdizioni speciali era un male inevitabile. « Si è voluto ravvisare la ragione d'essere di questo istituto nella specialità dei rapporti che nascono dal contratto di lavoro: ma la sua vera ragione d'essere è la sfiducia della classe operaia nei giudici e nei giudizi borghesi » (238), scriverà nella Conferenza te-

(238) G. CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, cit., in *Saggi di diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 378; Giuseppe CHIOVENDA si sofferma sui probiviri anche nei *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 588, dove evidenzierà l'importanza del processo di fronte ai probiviri come processo « veramente orale ». G. TESORIERE, *Appunti per una storia della scienza del processo civile in Italia dall'unificazione ad oggi*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », XXVI, 1972, pp. 1318-1348 ss.; B. CAVALLONE, « Preferisco il cattivo processo attuale » (*Chiovenda, Mortara e il « progetto Orlando »*), in « Rivista di diritto processuale », XLIII (II s.), 1988, p. 1059, nt. 25. Giovanni TARELLO, *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile* (1977), in *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna, Il Mulino, 1989, pp. 9-197, spc. p. 80, faceva notare che Chiovenda non pensava ad un incremento dei poteri del giudice allo scopo di adeguare il diritto ai bisogni sociali, ma al contrario per « realizzare l'interesse dello stato al diritto secondo le esigenze del 'sistema' » (p. 81); il giudizio di Tarello non pare tenere pienamente conto della complessità della posizione di Chiovenda non riconducibile, almeno in merito ai poteri creativi del giudice e all'equità, solo all'idea per cui il problema della giustizia sociale potesse essere compreso (e forse risolto) nell'ambito della riforma del processo civile. V. anche F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., p. 137, dove vengono ricordati alcuni passaggi importanti della confe-

nuta al circolo giuridico di Napoli l'11 marzo 1906, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*.

10. *I probiviri industriali e l'equità.*

L'istituzione dei collegi dei probiviri con la legge del 15 giugno 1893 n. 295 segnava, alla fine del secolo, un'importante risposta data dal legislatore alla questione sociale⁽²³⁹⁾. Oltre che espressione

renza di Chiovenda al circolo giuridico di Napoli nel 1906 [*Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno* (1907), in *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1993, vol. II, pp. 379 e ss., spc. p. 389]: « Chiovenda, già allora convinto che 'nell'azione di accertamento campeggia il lato sociale del diritto e del giudizio, ricordò la sfiducia della classe operaia nei giudici e nei giudizi borghesi' »; cfr. anche G. CHIOVENDA, *Del sistema negli studi del processo civile* (1908), in *Saggi di diritto processuale civile*, cit., vol. I, pp. 230-233, e il commento di G. TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale* (1973), in *Dottrine del processo civile*, cit., pp. 178 e ss., ma soprattutto v. l'interpretazione del contributo di Chiovenda data da P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 88-93 spc. pp. 89 e 91: « La sua interpretazione assomiglia a quella dei maestri di diritto comune: la legge come fondamento, rispetto formale della legge, ma superamento sostanziale della legge se c'è bisogno » (p. 91).

⁽²³⁹⁾ Per i primi interventi legislativi in materia sociale v. L. MARTONE, *Le prime leggi sociali nell'Italia liberale (1883-1886)*, in « Quaderni fiorentini », 3/4, 1974/75, t. I, pp. 103-144, spc. p. 104. La legislazione sociale doveva servire per fronteggiare 'dall'alto' la questione operaia. Essa veniva proposta come tentativo di stampo paternalistico per 'adattare' il liberalismo alla questione sociale. Le idee nuove del *Kathedersozialismus* circolavano già da alcuni anni in Italia e attirarono l'attenzione della classe dirigente solo intorno al 1880. Tradotte nella situazione politica e sociale dell'Italia liberale, queste idee finirono con l'assegnare alla legislazione sociale un valore prevalentemente educativo. E. BALBONI, *Le origini dell'organizzazione amministrativa del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1968; B. VENEZIANI, G. VARDARO, *La « Rivista di diritto commerciale » e la dottrina giuslavorista delle origini*, in « Quaderni fiorentini », 16, cit., pp. 442-443; V. inoltre G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato*, cit.; L. GAETA, *Le false inadeguatezze del diritto privato rispetto al primo diritto del lavoro: una storia esemplare*, in *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana*, a cura di A. MAZZACANE, P. SCHIERA, Bologna, Il Mulino, 1990; S. RODOTÀ, *Le libertà e i diritti*, in *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, a cura di R. ROMANELLI, Roma, Donzelli, 1995, pp. 301-363, spc. p. 319; P. GROSSI, *Il «coraggio della moderazione»*, cit., pp. 69-126; ID., « *La scienza del diritto privato* ». *Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988, spc. pp. 55 e ss.; G. CAZZETTA, *L'autono-*

di un certo paternalismo, la legge, appartenente all'insieme degli interventi a carattere speciale, si inseriva perfettamente in quella concezione secondo la quale era preferibile che la disciplina del rapporto di lavoro (in specie quella industriale) fosse collocata al di fuori del codice civile, evitandone così una significativa revisione. Si trattava di una legislazione satellite rispetto a quel centro che era e doveva restare il codice, quasi parte immutabile dell'ordinamento; mutevole era invece la legislazione giuslavoristica che infatti si collocava esternamente e andava ad afferire più all'ambito pubblicistico che a quello privatistico ⁽²⁴⁰⁾.

La scelta che fu fatta di fronte alle nuove questioni innescate dai conflitti sociali fu quella di espungerle dal sistema ⁽²⁴¹⁾: la costi-

mia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica, in « Quaderni fiorentini », 28, 1999, t. I, p. 521; P. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro*, I, *La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 356 e ss..

⁽²⁴⁰⁾ Come ha precisato Giovanni CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 17, 1988, p. 200, i riferimenti della scienza giuridica alle leggi sociali furono caratterizzati da due linee direttrici: la prima, a carattere 'difensivo', mirava ad espellere dal diritto civile i settori in cui si affermava l'intervento speciale, 'pubblicistico', e la seconda, a carattere 'offensivo', mirava ad un'espansione della normativa tradizionale rispetto alla realtà rinnovata. Cfr. ID., *Lavoro e impresa*, in *Lo Stato moderno in Europa*, cit., p. 151; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 45. V. anche L. GAETA, *Pubblico e privato alle origini del diritto del lavoro: storie di uomini e di schieramenti*, in « Lavoro e diritto », 1, 1994, pp. 207 e ss.

⁽²⁴¹⁾ Vedi G. CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, cit., p. 155, p. 208, nt. 126. ID., *Il diritto del lavoro e l'insostenibile leggerezza delle origini*, in « Quaderni Fiorentini », 25, 1996, pp. 543-572. Per l'idea di un 'codice del lavoro' v. L. RAVA, *Dal codice civile al codice del lavoro*, discorso letto per la inaugurazione dell'anno scolastico 1912-1913, nella regia università di Bologna, Roma, Ripamonti, 1912. Per alcune riflessioni in materia di locazione delle opere all'interno del progetto di codice civile di Giuseppe Brini v. F. TREGGIARI, *La prestazione d'opere: fatti e idee nello Schema (1898) di Giuseppe Brini*, in *Giornata lincea in ricordo di Enrico Redenti: il diritto del lavoro ai suoi primordi*, [Roma, 22 gennaio 1994], Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 1995, pp. 43-63. Per la comprensione del diritto del lavoro come diritto della persona appartenente al diritto privato generale, v. L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*. Discorso inaugurale della R. Università di Sassari per l'a.a. 1922-1923, Sassari, Stamperia della Libreria italiana e Straniera, 1923, p. 8. Cfr. P. GROSSI, *La scienza del diritto privato*, cit., pp. 143 e ss., e ID., *Scienza*

tuzione privatistica restava così immutata ma al tempo stesso essa rinunciava a disciplinare una parte importante delle relazioni interne al mondo giuridico. Era allora il diritto pubblico a crescere e a rispondere ai bisogni espressi dal sociale: la soluzione dei conflitti sociali veniva rimessa ad una legislazione avente carattere pubblico, speciale e quindi 'extragiuridico'.

La creazione dei collegi probivirali fu la conseguenza di un'esperienza di questo tipo. Frutto di un lungo dibattito parlamentare ⁽²⁴²⁾, emersero allora alcune tematiche legate proprio all'intervento del legislatore in una materia tanto delicata come quella dei rapporti di lavoro. Del resto, lo schema della *locatio-conductio operarum* ⁽²⁴³⁾ forniva una disciplina a dir poco scheletrica del rap-

giuridica italiana, cit., pp. 141 e 148; I. STOLZI, *Gli equilibri e i 'punti di vista': 'interno' ed 'esterno' nella rappresentazione della dinamica corporativa. Un'ipotesi di dialogo tra Lorenzo Mossa e Widar Cesarini Sforza*, in *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 221-258.

⁽²⁴²⁾ Per cui v. S. BENVENUTO, *Le discussioni in Parlamento prima e dopo la L. 15 giugno 1893 n. 295*, in *Giornata lincea in ricordo di Enrico Redenti: il diritto del lavoro ai suoi primordi*, cit., pp. 29-42; L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 173-178.

⁽²⁴³⁾ G. GIUGNI, *Diritto del lavoro*, in *Enciclopedia del Novecento*, vol. III, Roma, 1979, p. 946, ora in *Lavoro legge contratti*, Bologna, Il Mulino, 1989, pp. 245-292: « Il diritto processuale merita una specialissima menzione, perché esso appare quasi sempre costruito su normative speciali o addirittura su giurisdizioni speciali, con partecipazione sindacale (corti del lavoro, probiviri), oppure su sistemi arbitrali regolati dalla contrattazione collettiva. L'importanza del meccanismo processuale è dovuta non soltanto alla funzione di quest'ultimo di realizzare l'effettività delle norme, ma anche al fatto che le decisioni enunciate da tali giurisdizioni speciali o nell'ambito di tali procedimenti *ad hoc*, in numerosi ordinamenti hanno posto in essere il primo corpo normativo sostanziale o ne alimentano tuttora il rinnovamento ». I giuristi dell'Italia liberale come Barassi (ma in Germania anche Lotmar) cercheranno di ricondurre il contratto di lavoro all'interno del diritto romano nell'ambito della *locatio operarum* (p. 255). In realtà la *locatio operarum* ed il contratto di cessione di opere da svolgere sotto la direzione dell'imprenditore e nell'ambito di un'organizzazione produttiva sono figure assai diverse che solo un'operazione dottrinale riusciva a far compenetrare. Di fronte alla mancanza di una disciplina specifica nei codici borghesi, dove peraltro era impensabile riscontrare una sensibilità in questo senso, essendo incentrati sulla figura del proprietario, « la norma sulla *locatio operarum* servi da copertura per un rapporto di lavoro che ebbe una disciplina più di fatto che *de iure* ». Per la « rozzezza » delle teorie dominanti sul tema e il contrasto tra « accezione di sistema » e realtà, ed una critica dell'idea di

porto di lavoro nel campo operaio ed esigea un complesso ripensamento. La legge del 1893 istituiva un organo a struttura bicefala: da un lato infatti si collocava l'ufficio di conciliazione e dall'altro la giuria. Solo in caso di fallimento dell'attività del primo⁽²⁴⁴⁾ era possibile che si proseguisse con l'attività della seconda. Ma in effetti, quasi dall'inizio apparve chiaro che a funzionare veramente sarebbero state le giurie e non gli organi di tipo conciliativo. Impregnato del concetto di equità, falliva l'organo che ne era propriamente l'espressione⁽²⁴⁵⁾. Quanto poi all'interpretazione dei probi-

antitesi tra esegesi e sistema, v. S. CAPRIOLI, *Redenti giurista empirico, Introduzione* a E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, cit., p. 15; F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., p. 52, ma soprattutto le osservazioni di P. GROSSI, *Il coraggio della moderazione*, cit., pp. 90 e ss.

⁽²⁴⁴⁾ Il cui ruolo, nell'intenzione del legislatore avrebbe dovuto avere carattere dominante; v. sul punto C. BETOCCHI, *Il contratto di lavoro nell'economia e nel diritto*, Napoli, Jovene, 1897, p. 645. Betocchi ricostruisce la storia dei collegi probivirali in Europa, guardando ai *prud'hommes* francesi da cui sarebbe poi derivato il modello italiano, e ai *Gewerbegerichte* in Germania, che Betocchi considera un prodotto del socialismo di Stato. Cfr. l'importante contributo sul punto di O. KAHN-FREUND, *Das sozial Ideal des Reichs-Arbeitsgerichts*, ristampato in *Arbeitsrecht und Politik*, a cura di T. RAMM, Neuwied am Rhein, Luchterhand, 1966, pp. 149 ss.; v. anche C. VANO, *Il diritto del lavoro nella storiografia giuridica germanica: prospettive a confronto*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XII, 1987, pp. 30-45; G.A. RITTER, *Storia dello stato sociale*, Roma-Bari, Laterza, 1999. Per l'esperienza dei *prud'hommes* una buona sintesi è offerta da J. BOUVERESSE, *Des élections malgré tout: l'histoire mouvementée des conseils de prud'hommes*, in *L'élection des juges. Etude historique française et contemporaine*, Paris, PUF, 1999, pp. 165-221; AA.VV., *The making of labor law in Europe. A comparative study of nine Countries up to 1945*, London and New York, Bob Hepple, 1986; N. OLZSAK, *Les conseils de travail en France (1892-1908): représentation syndicale ou représentation électorale des intérêts professionnels?* in *Libertés, pluralisme et droit. Une approche historique*, publiés sous la dir. de H. van GOETHEM, L. WAELEKENS, K. BREUGELMANS, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 239-252; C. DIDRY, *La production juridique de la convention collective. La loi du 4 mars 1919*, in « Annales », 6, 2001, pp. 1261 e ss.; A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIX^e siècle)*, in *Annales*, 6 (2002), pp. 1521-1557.

⁽²⁴⁵⁾ M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia al '700 a oggi*, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 164; L. GATTI, *La conciliazione nelle controversie di lavoro dai collegi dei probiviri del periodo precorporativo al nuovo processo del lavoro*, Roma, UIDATCA-UIL, 1975; B. VENEZIANI, *I conflitti collettivi e la loro composizione nel periodo precorporativo*, in *Rivista di diritto del lavoro*, 24 (1972), pp. 210 e ss.; E. GHERA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Bari, Cacucci, 1993, p. 12.

viri come giudici d'equità, la scienza giuridica era divisa e le interpretazioni contrastanti ⁽²⁴⁶⁾.

Questi « raddomanti di stato alla ricerca del diritto vivente », realizzarono un'esperienza importante, nonostante i pochi mezzi e l'arretratezza del contesto in cui furono chiamati ad operare. Furono poi travolti dall'operazione di « legificazione » realizzata in epoca fascista ⁽²⁴⁷⁾. L'istituzione dei collegi di probiviri rispondeva al bisogno sociale di una magistratura non borghese, nei cui confronti le classi sociali meno abbienti non avessero troppi pregiudizi. Tuttavia le ragioni della specialità andavano ravvisate anche in altre esigenze: in effetti, per superare il problema dello spirito borghese del ceto dei togati poteva bastare l'istituzione di una nuova magistratura non specializzata. Proprio la precisa volontà in questo

⁽²⁴⁶⁾ Cfr. E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri. Introduzione. Sulla funzione delle Magistrature industriali*, cit., p. 97; R. MAJETTI, *Il Tribunale del lavoro. Guida teorico-pratica dei probiviri come funzionari, conciliatori e giudici*, Napoli, Pietro, 1894; L. TARTUFARI, *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento movimento sociale e legislativo*, Discorso letto il 5 novembre 1893 per l'inaugurazione degli studi dell'Università di Macerata, Macerata, tip. Bianchini, 1893, p. 19, sosteneva che i probiviri dovessero applicare un « diritto dell'avvenire ». V. anche P. PREMOLI, *Manuale dei probiviri ad uso degli operai*, Firenze, Nerbini, 1903, pp. 16-17; E. BONAUDI, *Per la riforma della legge sui probiviri industriali*, in « La riforma sociale », 11, 1904, pp. 453 e ss.; A. ASCOLI, *La riforma della legge sui probiviri*, in « Rivista di diritto commerciale », 1, 1903, I, pp. 472-477 e ss.; R. COGNETTI DE MARTIS, *Per la riforma dell'istituto dei probiviri*, in « La legge », 54, 1904, pp. 97 e ss.; L. MATTIROLI, *Trattato di diritto giudiziario civile*, cit., vol. I, pp. 675 e ss.; E. REDENTI, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei Probiviri*, in « Rivista di diritto commerciale », 3, 1905, I, pp. 358-380; ID., *La riforma dei Probiviri*, in « Rivista del diritto commerciale », 7, 1910, I, pp. 635-660 (su Redenti cfr. T. CARNAGINI, *La vita e le opere di Enrico Redenti*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 18, 1964, pp. 1-27; E. GRASSO, *Metodo giuridico e scienza del processo nel pensiero di Enrico Redenti*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 5, 1985, pp. 24-51); F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in « Rivista del diritto commerciale », VII, 1909, I, pp. 430 e ss. ID., *La nuova procedura per le controversie sugli infortuni in agricoltura*, in « Rivista del diritto commerciale », XVI, 1918, I, pp. 32-33 (su cui v. U. ROMAGNOLI, *Francesco Carnelutti e il diritto del lavoro*, in *Francesco Carnelutti a trent'anni dalla scomparsa*, Udine, Forum, 1996, pp. 15 e ss.; A. SEGNI, *I tribunali del lavoro in Italia*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova, Cedam, 1927, pp. 3 e ss.

⁽²⁴⁷⁾ U. ROMAGNOLI, *Probiviri, brava gente*, in *Giornata lincea in ricordo di Enrico Redenti: il diritto del lavoro ai suoi primordi*, cit., p. 23.

senso si spiega solo se si considera l'assenza della norma di diritto del lavoro che doveva essere tratta dai fatti. Mancando dunque un diritto scritto da applicare, il giudice ordinario togato si sarebbe trovato in difficoltà, essendogli del tutto estranei gli usi delle fabbriche ed i fatti che in esse si potevano verificare ⁽²⁴⁸⁾. Lo stesso art. 1124 c.c. poteva essere richiamato per ricordare che i contratti dovevano essere eseguiti in buona fede ed obbligavano non solo a quanto era in essi espresso ma a tutte le conseguenze che ne derivavano in base all'equità, all'uso o alla legge. Il giudice, nel processo del lavoro ⁽²⁴⁹⁾, doveva poter acquisire d'ufficio le prove necessarie, mentre la rigida applicazione del principio di disponibilità dei mezzi di prova in capo alle parti — nel processo ordinario — avrebbe reso impossibile al giudice di individuare un sicuro criterio di giudizio. L'impiego di massime di comune esperienza insieme a forti poteri d'iniziativa del giudice consentivano a questo di risolvere il caso senza essere costretto al rigetto della richiesta del lavoratore (cosa che invece sarebbe inevitabilmente accaduta tutte le volte in cui il giudice avesse dovuto fondare il giudizio sulla base del mero principio dell'onere della prova). La presenza dei rappresentanti degli operai e degli industriali, accanto al presidente togato, doveva servire perciò di supporto alle cognizioni di quest'ultimo e come contrappeso della sua inevitabile dipendenza rispetto all'esecutivo di cui finiva per tutelare gli interessi, essendo infatti il presidente nominato con decreto reale su proposta del ministro dell'agricoltura.

Emanuele Gianturco vedeva nei probiviri una giurisdizione d'equità. A differenza dei giudici togati infatti i probiviri avevano minori impacci; e ad essi, dice chiaramente il giurista lucano ⁽²⁵⁰⁾,

⁽²⁴⁸⁾ A. PROTO PISANI, *Il « rito speciale » previsto dalla L. 15 giugno 1893 n. 295*, in *Giornata lincea in ricordo di Enrico Redenti: il diritto del lavoro ai suoi primordi*, cit., p. 68.

⁽²⁴⁹⁾ C. CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., pp. 48 e ss. ritiene che dall'art. 11 della legge sui probiviri del 1893, secondo il quale le decisioni della giuria non erano appellabili se non per incompetenza ed eccesso di potere, sia possibile evincere la natura arbitrale dell'istituto dei probiviri. In realtà l'affinità degli istituti, se pure evidente, non porta la dottrina a scegliere questa soluzione in maniera univoca.

⁽²⁵⁰⁾ Sul quale v. F. TREGGIARI, s.v., in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma,

si può ritenere attribuita una funzione di equità. Egli ricordava come, nel 1893, discutendo nel Senato del Regno il progetto, poi divenuto legge, avesse visto nella loro istituzione la nascita di un vero diritto « pretorio », « non essendo nuovo che si crei prima il giudice e poi si codifichi il diritto sostanziale »⁽²⁵¹⁾. Per Lodovico

Treccani, 2000, vol. 54, pp. 556-560. L'Autore riconduce la critica di Gianturco verso il liberismo economico e l'individualismo del codice civile alla sua educazione cattolica e alle umili origini, che gli ispirarono « un sentimento di solidarietà per le sorti delle classi subalterne » (p. 558).

⁽²⁵¹⁾ E. GIANTURCO, *Sul contratto di lavoro*, in *Opere giuridiche*, vol. II, Roma, La libreria dello Stato, 1947, p. 271; ID., *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, [Prolusione al corso di diritto civile letta nella Regia Università di Napoli, Napoli, Pierro, 1891], ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. II, pp. 262-269; v. C. VANO, *I 'problemi del lavoro e la civilistica italiana alla fine dell'Ottocento: il contributo di E. Gianturco*, cit., pp. 169-198. Emanuele Gianturco si fece portavoce, non senza alcune riserve, dell'idea che all'arbitrato venissero rimesse tutte le controversie relative ai conflitti tra contadini e proprietari. Esso doveva rappresentare il tramite per l'ingresso dei proviviri anche nell'agricoltura; cfr. E. GIANTURCO, *Lettere agli agricoltori italiani (1891)*, in *Opere giuridiche*, cit., vol. I, p. 197. E l'autore proseguiva nella sua disamina delle condizioni dei contratti agrari: appariva necessario che la politica agraria italiana ristabilisse « fra proprietari e contadini la pratica dell'equità. Certo la giustizia... non basta a far prospere le nazioni, ma senza di essa la sorda e secolare lotta dei ceti prepara rovine irreparabili. La grande e gloriosa rivoluzione del 1860, diciamo pure con coraggio ed equanimità, non ha migliorato le sorti delle nostre plebi agricole. Il codice civile del 1865, abolendo 'di fatto' l'enfiteusi, sempre in ossequio a un esagerato pregiudizio della libertà dei fondi, ha dato occasione a nuove forme di contratti agrari, meno equi e remunerativi per i ceti agricoli. La vendita di beni demaniali eseguita senza intenti civili, in tempo poco opportuno e con forme male appropriate, non ha per nulla contribuito ad accrescere il numero dei piccoli proprietari; ha invece contribuito alla rovina della piccola borghesia, che per l'acquisto dei beni di manomorta è stata incitata a contrarre debiti con interessi superiori al reddito della terra. La malaria, gli aggravii fiscali, il dazio consumo gravissimo, alcune tasse comunali, quante altre mai sperequate, i contratti agrari rimessi del tutto alla libertà delle parti, hanno spopolato le nostre campagne e reso più acuta la miseria delle plebi rimaste a coltivare terra italiana. Non vi è virtù di legislatore, specialmente nelle condizioni presenti, che valga a rimuovere le cause di così grave turbamento economico, sociale e morale dei ceti agricoli. Ma è dovere strettissimo del Parlamento rimuovere quelle almeno, che offendono l'equità e la giustizia distributiva ». Cfr. C. TREBESCHI, *Conflitti e contratti di lavoro in agricoltura*, in *Giornata lincea in ricordo di Enrico Redenti: il diritto del lavoro ai suoi primordi*, cit., pp. 127-129, il quale parla del tentativo di inserimento dei proviviri per la risicoltura. V. anche R. DALLA VOLTA, *Dell'arbitrato negli scioperi*, in *V° Congresso Nazionale giuridico-forense*, Palermo, 1903, Relazioni sui temi, I. Diritto civile, - II. Diritto commer-

Mortara i probiviri industriali istituiti sulla base della l. 15 giugno 1893 erano giurisdizioni speciali ⁽²⁵²⁾ cui andava riconosciuto più che un potere di *ius dicere*, una *potestas edicendi* (e comunque « una larga quanto prudente libertà d'azione ») ⁽²⁵³⁾. Calamandrei, dal canto suo, aveva posto l'accento sulla natura complessa ⁽²⁵⁴⁾ dei probiviri, e la complessità si basava sul fatto che essi cumulavano le funzioni corrispondenti a tre figure: erano giudici (ma era controverso se di diritto o d'equità), erano conciliatori in senso stretto, perché provocavano il volontario componimento delle controversie giuridiche ed erano mediatori, perché tendevano a comporre controversie economiche relative ai salari da pattuirsi e alle ore di lavoro. E così Calamandrei sottolineava la divisione della dottrina in merito al riconoscimento dei probiviri come giudici d'equità: senz'altro contrario era apparso Chiovenda ⁽²⁵⁵⁾, sfumata la posi-

ciale - III. Diritto penale - IV. Diritto pubblico - V. Diritto romano - VI. Interessi forensi, Palermo, F. Barravecchia e F., 1904, pp. 347-377. E. CAPIZZANO, *Agricoltura diritto agrario società*, vol. I, 1865-1970, *Storia dei contratti agrari e principi generali della legge di riforma (1892). Alle soglie degli anni '70 fra prospettive regionalistiche e integrazione europea*, Padova, Cedam, 1991, pp. 57 e ss.

⁽²⁵²⁾ Mortara precisamente li definisce organi speciali di giurisdizione ordinaria e ne dà una valutazione sostanzialmente negativa: « Quantunque l'istituzione di questo magistrato industriale sia stata preconizzata come assai utile per la classe operaia e ancora più per lo svolgimento pacifico delle relazioni fra il capitale e la mano d'opera, non sembra che i risultati abbiano finora corrisposto alle speranze... Intanto nelle giurie il presidente è sempre più lontano, per il criterio stesso con cui è scelto, dalla classe operaia... A parte il considerare che la istruzione giuridica di cui egli più spesso è fornito rende prevalente il suo parere... È poi un fenomeno persistente in Italia la ripugnanza frequentissima degli industriali a secondare l'applicazione della legge del 1893. Essi la manifestano efficacemente coll'astenersi dalle votazioni » (p. 165, nt. 165); cfr. L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura civile*, II, cit., pp. 163-165.

⁽²⁵³⁾ L. MORTARA, *Per la riforma della legge sui probiviri, 15 giugno 1893*, in « Giurisprudenza italiana », 56, 1904, IV, coll. 26-27.

⁽²⁵⁴⁾ P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, cit., p. 230 nt. 1.

⁽²⁵⁵⁾ G. CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, cit., pp. 389-390: « Taluno ha voluto ravvisare nella giuria dei probiviri un potere quasi-legislativo, evocando il pretore romano. Altri ha proposto, come cosa richiesta dalle esigenze del contratto collettivo, e dei conflitti fra industriali e operai, la soppressione dei limiti soggettivi della cosa giudicata, cioè l'estensione delle sentenze dei probiviri a tutti gli interessati in questioni affini; e rifuggendo dai ricordi classici ha cercato precedenti

zione di Polacco ⁽²⁵⁶⁾ e contraria ma con notevoli aperture quella di Carlo Lessona ⁽²⁵⁷⁾, ad avviso del quale « Il legislatore, nell'istituire la Giuria, ha avuto piena coscienza che un diritto nuovo poteva, anzi doveva sorgere [...]. A quel diritto il legislatore ufficiale non poteva ancora dare la sua paternità. Non lo disconobbe, lo vide anzi nascere di buon occhio », ma invece di renderlo subito pubblico attraverso un'opera di legificazione, volle che nascesse intanto per opera di giudici tecnici ed elettivi. « Non vide nel nuovo diritto un concorrente, ma un fratello del diritto codificato, destinato a vivergli accanto e non addosso, quasi pericoloso parassita » ⁽²⁵⁸⁾. Questa appariva a Lessona la posizione più onesta, rispetto a quelle sentenze che, apparentemente fondate sul diritto codificato, equivalevano a « pugnalarlo nella schiena » con una interpretazione forzata ⁽²⁵⁹⁾. La riflessione era legata all'emersione del contratto collet-

nella Nuova Zelanda, ed è tornato da questo lontano viaggio giuridico proclamando i nuovi orizzonti della cosa giudicata! Per mio conto, credo che i probiviri siano giudici come tutti gli altri; e che non vi sia nessuna ragione di sacrificare alla questione sociale l'antico principio — per ciò solo che è antico — della *res inter alios acta*. Tutto sta ad intenderlo a dovere ».

⁽²⁵⁶⁾ V. POLACCO, *La nuova legge sui probi-viri con particolare riguardo alla capacità giuridica della donna e dei minorenni*, in « *Monitore dei tribunali* », XXXIV, 1893, p. 721. P. GROSSI, *Il 'coraggio della moderazione'*, cit., p. 100. Polacco legge nell'esperienza dei probiviri una sorta di « laboratorio sperimentale » dove mettere a punto una buona legge sul contratto di lavoro, che doveva essere ricavata dalla prassi. Più marcata era invece la posizione di V. POLACCO, *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, cit., p. 117, a proposito delle giurisdizioni di equità create durante la guerra, su cui il giudizio appare positivo e aperto rispetto alle risultanze di queste giurisdizioni.

⁽²⁵⁷⁾ C. LESSONA *La giurisdizione dei probiviri rispetto al contratto collettivo di lavoro*, cit., p. 232. ID., *I doveri sociali del diritto giudiziario civile*, cit., p. 53. Un giudizio apertamente favorevole veniva espresso da Nicola COVIELLO, *Dell'equità ne' contratti*, cit., p. 22: « Bisogna dunque che l'equità si metta al suo vero posto, al di sopra della volontà privata. E già un largo campo all'applicazione dell'equità contrattuale mi sembra che abbia aperto la legge che istituisce de' Collegi di probiviri, a cui potrebbe essere deferita la decisione delle controversie riguardanti l'esecuzione dei contratti di lavoro. Questi giudici che non sono legati né da' principii romani, né dalle disposizioni del codice, ma periti delle condizioni dei lavoratori, potranno nella loro onesta coscienza liberamente ricorrere a' principi di equità che le leggi hanno sconosciuto ».

⁽²⁵⁸⁾ C. LESSONA, *La giurisdizione dei probiviri rispetto al contratto collettivo di lavoro*, cit., p. 232.

⁽²⁵⁹⁾ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 101-102.

tivo di lavoro che in alcuni casi si attuava in virtù di una violazione dell'art. 1130 (principio della *res inter alios acta*) e di una falsa applicazione dell'art. 1128 (contratto a favore di terzi). Piuttosto che pugnalarlo alla schiena il codice, era meglio ammettere in maniera frontale che le giurie probivirali dovevano constatare l'esistenza dei bisogni « d'un mondo sfuggito alle cure del legislatore ufficiale »⁽²⁶⁰⁾. La posizione di Lessona, nel saggio del 1903 pubblicato nella « Rivista del diritto commerciale », rimane tuttavia complessa, quasi divisa tra l'attaccamento al codice civile ed il riconoscimento dei probiviri come giudici liberi di creare un diritto nuovo⁽²⁶¹⁾, come del resto complessa era la realtà che egli si trovava di fronte. Specie in merito all'emersione del contratto collettivo, come anche più in generale in relazione alle varie problematiche relative al rapporto di lavoro, l'equità creativa dei probiviri svolgeva un ruolo fondamentale introducendo nell'ordinamento giuridico un corpo di regole giuridiche nuove⁽²⁶²⁾.

⁽²⁶⁰⁾ *Ibidem.* T. ASCARELLI, *Sul contratto collettivo di lavoro. Appunto critico*, in « Archivio giuridico », XIX, 1929, pp. 192-200. Il tema dell'equità torna in vari momenti nell'opera di Tullio Ascarelli e si presenta come un momento essenziale della sua riflessione. Cfr. P. GROSSI, *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 334-335.

⁽²⁶¹⁾ La materia 'incandescente' dell'obbligatorietà dell'accordo generale rappresentava un momento di crisi ma anche di confronto: le sentenze dei probiviri in questo ambito venivano generalmente appellate *ex art.* 9 l. 15 giugno 1893 n. 295, per eccesso di potere. V. la casistica riferita da C. LESSONA *La giurisdizione dei probiviri rispetto al contratto collettivo di lavoro*, cit., pp. 224-227; A. TOFFOLETTO, *Il contratto collettivo nella giurisprudenza italiana*, in « Il diritto del lavoro », 1927, pp. 260-266; A. BENAGLIA, *Il contratto collettivo di ieri e di oggi*, in « Il diritto del lavoro », 1929, pp. 1-10. Su questo profilo v. M. CAPPELLETTO, *Per una storia del diritto del lavoro: il contratto collettivo e i probiviri*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 31, 1977, p. 1224.

⁽²⁶²⁾ C. CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., p. 53. Nel primo Novecento, l'autore che avviò la riflessione più fertile sulla dimensione collettiva del lavoro proponendo una sintesi tra sociale e giuridico è senza dubbio H. SINZHEIMER, *Ein Arbeitstarifgesetz: die Idee des sozialen Selbstbestimmung in Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977 [ristampa anastatica dell'edizione 1916]. Cfr. G. VARDARO, *Oltre il diritto del lavoro: un Holzweg nell'opera di Franz Neumann*, presentazione alla raccolta di scritti di F. NEUMANN, *Il diritto del lavoro tra democrazia e dittatura*, Bologna, Il Mulino, 1983, ora in *Itinerari*, Milano, Franco Angeli, 1989, pp. 63-110; G. GOZZI, *Rappresen-*

In ogni caso, sarebbero stati i lavori parlamentari a mettere in luce questo carattere dei probiviri ⁽²⁶³⁾. E la natura di giurisdizione speciale o d'equità dei probiviri era stata sottolineata da Lodovico Mortara già in precedenza ⁽²⁶⁴⁾ e sostanzialmente confermata dall'indagine promossa dall'Ufficio del lavoro nell'ambito del quesito — rivolto a studiosi e agli enti interessati — sulla competenza dei probiviri ⁽²⁶⁵⁾.

La complessità sopraggiunta dei rapporti di lavoro sotto molteplici profili, richiedeva con urgenza una risposta di tipo giuridico e cioè una disciplina adeguata che compensasse gli squilibri e le iniquità derivanti dalla mera applicazione della disciplina codicistica. L'apparente parità contrattuale delle parti — datore di lavoro e lavoratore — e l'esigenza di tutela dell'equilibrio sinallagmatico portavano a conseguenze fortemente inique. Da qui l'aprirsi di un dibattito intorno all'opportunità della creazione di una magistratura *ad hoc* per la soluzione delle controversie relative ai rapporti di lavoro. Come si è visto, ad avviso di una parte della dottrina ⁽²⁶⁶⁾, la magistratura ordinaria non avrebbe potuto risolvere tali questioni non tanto e non solo perché priva delle informazioni tecniche necessarie (e cioè per la specialità delle questioni trattate), ma soprattutto a causa di una forte sfiducia da parte dei lavoratori nei confronti di quella che era tradizionalmente considerata come una magistratura di parte, e cioè esponente gli interessi dei datori di lavoro. La nuova disciplina offerta dalla legge del '93 riguardava pre-

tanza politica e rappresentanza degli interessi nella riflessione giuridica e politica fra Ottocento e Novecento, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di A. MAZZAGANE, Napoli, Liguori, 1986, pp. 233-257; G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Milano, Franco Angeli, 1985; G. VARDARO, *Il diritto del lavoro nel 'laboratorio Weimar'*, in *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, Roma, Ed. lavoro, 1982, ora in *Itinerari*, cit., pp. 23-61; P. MARCHETTI, *L'essere collettivo. L'emersione della nozione di collettivo nella scienza giuridica italiana tra contratto di lavoro e stato sindacale*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁽²⁶³⁾ V. C. CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., pp. 30-34.

⁽²⁶⁴⁾ L. MORTARA, *Per la riforma della legge sui probiviri*, cit., p. 29.

⁽²⁶⁵⁾ L. DI FRANCO, *Probiviri*, in *Il Digesto italiano*, Torino, Utet, 1908-1913, vol.

XIX, P. II, p. 310.

⁽²⁶⁶⁾ G. CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, cit., p. 389.

valentemente il funzionamento della nuova magistratura e le sue competenze, lasciando chiaramente (ed implicitamente) alla sua giurisprudenza il compito di colmare le lacune.

Nelle intenzioni del legislatore, dei due organi nei quali i probiviri si articolavano, e cioè giuria e ufficio di conciliazione, doveva essere proprio quest'ultimo a svolgere un ruolo più importante. L'idea di partenza era senz'altro stata quella di creare un organo giurisdizionale a competenza minima (la competenza massima per valore si fermava alle cause di duecento lire di valore) ed un ufficio di conciliazione che invece fosse molto più libero di operare risolvendo il conflitto sociale. In realtà, scriverà Redenti, la legge nella sua vita reale trovò una sorte differente⁽²⁶⁷⁾ rispetto a quelle che erano state le aspettative del legislatore: mentre l'ufficio di conciliazione lavorò poco, la giuria funzionò a pieno regime traducendosi in un Tribunale industriale formato da giudici tecnici e non togati⁽²⁶⁸⁾.

⁽²⁶⁷⁾ E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri. Introduzione. Sulla funzione delle Magistrature industriali*, cit., p. 85. E. GHERA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Bari, Cacucci, 1993, p. 12, evidenzia il ruolo conciliativo dei probiviri considerato che « in assenza di norme applicabili al contratto di lavoro, i giudizi dovevano essere decisi secondo equità sulla base delle regole collettive ricavate dalla prassi ». Cfr. anche A. RASELLI, *L'equità nel regime giuridico dei rapporti di lavoro*, in *Studi in memoria del Prof. Pietro Rossi*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1935, pp. 443-479; V. GALLOTTA, *La committenza del Massimario: l'Ufficio del lavoro ed il suo direttore, Giovanni Montemartini*, in *Giornata lincea in ricordo di Enrico Redenti: il diritto del lavoro ai suoi primordi*, cit., p. 85; F. ROSELLI, *La traduzione italiana de « la lotta per la scienza del diritto » di Gnaeus Flavius*, cit., p. XXVI; M. GRANDI, *Profilo storico della composizione delle controversie di lavoro in Italia nel periodo prefascista*, in « Lavoro e sicurezza sociale », 1, 1959, pp. 89 e ss.; U. ROMAGNOLI, *L'equità nei conflitti di lavoro: elementi per un bilancio consultivo*, Relazione presentata al convegno su « L'equità », Lecce, 9-11 novembre 1973, organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, in « Politica del diritto », 1, 1974, pp. 51-62, spc. p. 57, anche in *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 279 e ss., e in *L'equità*, Atti del convegno di Lecce 9-11 novembre 1973, Milano, 1975, pp. 100 e ss.; Id., *Le origini del pensiero giuridico-sindacale in Italia*, in *Dottrine giuridiche e ideologie sindacali*, a cura di G. TARELLO, Bologna, Il Mulino, 1973, p. 45; G. NALETTO, *Analoga ed equità nel diritto del lavoro: profili storici*, Padova, Cedam, 1991, p. 20; S. CAPRIOLI, *Redenti giurista empirico, Introduzione* a E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, cit., pp. 46-47.

⁽²⁶⁸⁾ V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in « Rivista del diritto commer-

I probiviri fecero un largo uso di poteri equitativi ed i giuristi discussero a lungo sulla natura dei loro giudizi, se di diritto o di equità. In generale, è possibile dire che la scienza giuridica restò divisa sulla possibilità di inquadrare o meno i probiviri nell'ambito delle giurisdizioni di equità. Essi rimasero una figura assai discussa sempre in bilico tra il pretore di romanistica memoria ed il magistrato che è tenuto ad applicare la legge. Scriveva Barassi che i probiviri decidevano secondo diritto: ma poiché l'equità permeava l'intero diritto contrattuale, essa era in grado di supplire alle lacune della disciplina relativa al contratto di lavoro. « In questo senso è perfettamente esatto il sostenere che i probiviri siano l'organo dell'equità »⁽²⁶⁹⁾.

In alcuni casi il ruolo dei probiviri fu individuato e ridimensionato all'interno di una definizione in termini di « integrazione del diritto codificato »: questa è infatti la definizione che Redenti preferisce dare delle decisioni dei probiviri. Essi a suo avviso rendevano attivo « un meccanismo di integrazione del diritto codificato », meccanismo che altrimenti non si sarebbe potuto attivare⁽²⁷⁰⁾, ma non svolgevano in alcun modo una funzione pseudo o para-legislativa.

Dunque, si avverte una certa resistenza anche in Redenti all'idea di ammettere apertamente l'esistenza di una magistratura non

ciale », 8, 1911, I, pp. 948-960. V. G. MONTELEONE, *Una magistratura del lavoro. I colli dei probiviri nell'industria (1883-1911)*, in « Studi storici », 1, 1977, pp. 87-107.

⁽²⁶⁹⁾ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., vol. II, p. 297. Come è stato giustamente scritto da G. CAZZETTA, *Lavoro e impresa*, cit., p. 151, « Le ampie ricostruzioni offerte in Italia da Ludovico Barassi e in Germania da Philip Lotmar riguardo al contratto individuale di lavoro mostrano appieno la difficoltà delle tradizionali categorie concettuali di fronte ai nuovi problemi del lavoro ». Cfr. P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1902, vol. I; ID., *Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern*, in *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, 1900, pp. 1-122. [Articolo tradotto (in versione parziale) e ripubblicato da Lorenzo GAETA nel « Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali », VI, 1984, pp. 313-392, con il titolo *I contratti di tariffa tra datore e prestatore di lavoro*].

⁽²⁷⁰⁾ E. REDENTI, *Sulla funzione dei tribunali industriali*, cit., n. 10, p. 102. Cfr. G. CAZZETTA, *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica*, cit., p. 528, il quale nota le consonanze tra la riflessione di Redenti sui probiviri ed il disegno barassiano.

togata che facesse un uso 'libero' dell'equità (e si sostituisse al legislatore). Tale pregiudizio è evidente nel pensiero del giurista quando questi ricorda l'associazione frequentemente fatta tra i probiviri e l'immagine del pretore romano, un confronto che Redenti non si sentiva di condividere ⁽²⁷¹⁾. E la ragione stava nel fatto che ad avviso di Redenti l'*aequitas* pretoria anche se formalmente limitata dallo *ius civile* aveva una funzione di « legislazione materiale ». Ai tribunali industriali, ad avviso di Redenti, spettava l'equità di cui parlava l'art. 1124 cc. e cioè ad essi era accordata « una certa latitudine all'arbitrio del giudicante » ⁽²⁷²⁾.

⁽²⁷¹⁾ Ivi, p. 105.

⁽²⁷²⁾ *Ibidem*. Come ha fatto notare D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato. Dal Codice napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Milano, Giuffrè, 1970, nel *Code Napoléon*, all'art. 1134 si stabiliva che le convenzioni « doivent être exécutées de bonne foi » e all'art. 1135 si diceva che esse « obligent non seulement à qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Nel codice civile del regno d'Italia all'art. 1124 i due principi vengono riassunti e se ne evidenzia la somiglianza: « I contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano » (p. 86). La vicinanza logica, nel codice civile italiano, tra buona fede ed equità « suggerisce così l'idea d'una fonte integratrice dei negozi, capace di correggerli con doveri non previsti in anticipo, ma affidati al vigile intuito delle corti di giustizia. E l'innovazione stabilita in questo campo dal codice civile del regno d'Italia — pur assumendo, almeno nei desideri dei compilatori, una generica indole tecnica e non ideologica — sembra schiudere alla dottrina e alla pratica giuridica nuovi orizzonti e vie da percorrere, poiché accosta le due regole e le contrappone al puro potere di disporre e di vincolarsi, quasi voglia introdurre un più valido temperamento del motivo individualistico, o comunque riconoscere al giudice la facoltà d'arricchire il sinallagma contrattuale e, se necessario, di modificarlo, a garanzia dell'equilibrio del dare e dell'avere » (p. 89). Cfr. G. MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in « Rivista del diritto commerciale », II, 1904, I, pp. 461 e ss., ora in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1948, vol. IV, pp. 1-54. N. COVIELLO, *Dell'equità ne' contratti*, cit., p. 21, in particolare, ha scritto: « La mancanza d'equità nei contratti, e specialmente nei contratti di lavoro, è una delle fonti principali se non l'unica della disuguaglianza sociale e della lotta di classi. Né per ristabilire l'equità ne' contratti ci sarebbe stato bisogno, alla fin de' conti, di fare una riforma radicale: poiché dallo stesso concetto di contratto commutativo, dallo stesso elemento della causa che il codice richiede, sarebbe potuto legittimamente e logicamente derivare il concetto dell'equità nel senso da noi attribuito ». V. anche G. CAZZETTA, *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica*, cit., p. 525.

Diversamente da Redenti, Gianturco aveva riconosciuto la funzione equitativa dei probiviri. I problemi inerenti al contratto di lavoro⁽²⁷³⁾, diceva Gianturco, avevano un tipico carattere di ineluttabilità ed universalità; un nuovo concetto di morale, egli diceva, si era insinuato negli istituti giuridici. Soprattutto nel diritto del lavoro, si verificava una progressiva « insinuazione » della morale nel diritto al punto che la prima tendeva a tradursi nel secondo. La legislazione del lavoro rifletteva le esigenze di una giustizia « compensatrice » piuttosto che quelle di una giustizia aritmetica. La legislazione sul diritto operaio si divideva in due parti: una era quella « politico-sociale » o « pubblicistica », l'altra era quella « civilistica ». La seconda, a differenza della prima⁽²⁷⁴⁾, si muoveva molto lentamente. Nuove forme di contratti emergevano mentre la disciplina codicistica appariva sempre più inadeguata di fronte alle diversificate e pressanti esigenze del mercato del lavoro⁽²⁷⁵⁾. Né era possibile fare ricorso alle consuetudini, in quanto il codice civile italiano, modellato su quello francese, non riconosceva la consuetudine come fonte del diritto parallela alla legge.

Il modello che infine verrà elaborato grazie alla giurisprudenza dei probiviri per gli operai nelle industrie sarà quello che nel frattempo si andava delineando per gli impiegati⁽²⁷⁶⁾, dove pure l'istituzione di commissioni arbitrali fungerà da elemento propulsore

⁽²⁷³⁾ E. GIANTURCO, *Sul contratto di lavoro*, in *Opere giuridiche*, cit., vol. II, p. 270.

⁽²⁷⁴⁾ Ivi, p. 271.

⁽²⁷⁵⁾ *Ibidem*. Resta fermo che solo con la Prima guerra mondiale si verificherà un ripensamento dello stato giuridico del lavoro, attraverso una liberazione dai « miti individualistici dell'Ottocento » e la rappresentazione 'congiunta' di lavoro e impresa « lungo una linea che sovrappone valorizzazione dell'autonomia delle forze sociali e intervento dirigistico dello Stato »; v. G. CAZZETTA, *Lavoro e impresa*, cit., p. 155. Significativa, in questo senso, per la Germania, l'esperienza Weimeriana, per cui v. T. RAMM, *Per una storia del diritto del lavoro tedesca*, a cura di L. GAETA, G. VARDARO, Milano, Giuffrè, 1989; O. KAHN-FREUND, *Labour Law and politics in Weimar Republic*, Oxford, Blackwell, 1981.

⁽²⁷⁶⁾ Sull'uso di tale modello v. E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Libro II, *Massime sul contratto di lavoro*, cit., p. 145-146 (69-70). Redenti dichiarava, a proposito della locazione delle opere stabile che « La costituzione di siffatto rapporto avviene, come dirò, ad opera delle parti per via di stipulazioni e di fatti contrattuali e consensuali. Il rapporto stesso trae la propria legge... da questi consensi, dal

per la creazione di una disciplina — di stampo equitativo — consapevole delle pratiche che nel frattempo si erano affermate in tale settore.

Con la giurisdizione dei probiviri si inseriva nell'ordinamento giuridico una magistratura — non togata — avente carattere di specialità. Le difficoltà della dottrina in ordine al suo inquadramento giuridico riflettevano una certa resistenza al suo collocamento all'interno degli equilibri codicistici. Del resto, che la nuova disciplina del rapporto di lavoro fosse in stridente contrasto con quanto dichiarato nel codice o quanto meno con il suo spirito informatore, non era un fatto trascurabile. Per altro verso, l'istituzione di giurisdizioni speciali appariva in evidente contraddizione con l'ideologia liberale ottocentesca che aveva voluto imporre all'ordinamento giuridico la formula della giurisdizione unica, attuata non senza difficoltà e precocemente dismessa.

11. *L'esperienza delle giurisdizioni di equità durante la Prima guerra mondiale.*

Il tema della legislazione di guerra è « uno degli argomenti che oggidi richiama l'attenzione degli studiosi », avendo essa « modificato, se non addirittura sconvolto, il diritto vigente, come ai suoi

diritto, dall'uso dall'equità, dai concordati collettivi, e spesso, nella sua vita quotidiana, dalle norme della morale e del costume e dall'equità volgare: non si risolve, ma si trasforma... Esso può essere costituito, per volontà delle parti, a termine, sempreché il termine sia tale da non togliergli il carattere di stabilità... oppure a tempo indeterminato: può informarsi sì al sistema della mercede a tempo..., sì a quella della mercede a cottimo... Le giurie, in perfetto accordo coll'art. 1627, han chiamato questo rapporto, rapporto di servizio. L'importanza contrattuale di questa forma di contratto o rapporto contrattuale, è evidente per se stessa. Essa permette all'industriale di formare... il proprio esercito permanente di lavoratori, disciplinarlo ad abituarlo al lavoro... permette all'operaio di poter contare sopra una posizione che si avvicina ormai a quella dell'impiegato, una posizione ben definita nell'oggi e che gli dà una tal quale certezza del domani ». Cfr. L. GAETA, A. VISCOMI, *L'Italia e lo stato sociale*, in G.A. RITTER, *Storia dello stato sociale*, cit., p. 231; U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 93-94. ID., *Il diritto del lavoro in Italia nel periodo tra le due guerre*, in *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, a cura di G. VARDARO, Milano, Franco Angeli, 1988, p. 171.

tempi fece la Rivoluzione francese » (277), scriveva Nicola Stolfi nella sua Prolusione al corso libero di diritto civile nell'Università di Napoli per l'a.a. 1921-1922. Secondo Stolfi gli eventi epocali degli ultimi due secoli erano stati: la rivoluzione francese che aveva rovesciato il sistema feudale e la Prima guerra mondiale, che aveva sconfitto l'individualismo borghese. Nel lunghissimo elenco delle riforme (278), specie in campo civilistico, Stolfi ricordava anche le giurisdizioni di equità, esprimendo un giudizio poco lusinghiero, in specie a proposito delle aziende agrarie (279): si trattava delle com-

(277) N. STOLFI, *La Rivoluzione francese e la guerra mondiale in rapporto alle trasformazioni del diritto*, in « Rivista di diritto pubblico », XIV, 1922, I, p. 385. In generale, sulla importanza della legislazione di guerra come elemento duraturo e non a carattere istantaneo, destinato a durare solo per la durata del conflitto, v. C. LATINI, *Governare l'emergenza*, cit., p. 13 e pp. 266 e ss.

(278) Per cui si rinvia a M. ROTONDI, *Una legislazione di guerra (1915-1924)*, in *Profili di giuristi e saggi critici di legislazione e di dottrina*, Padova, Cedam, 1964, pp. 102-177 e a A. DE STEFANI, *La legislazione economica della guerra*, Bari, Laterza, 1926. Cfr. anche AA.VV., *La legislazione di guerra. Conferenze tenute nell'anno 1915-16*, Napoli, Stab. Tip. Diritto e giuris., s.d.

(279) Per le norme di guerra regolatrici di immobili rustici v. in particolare i d.lt. 6 maggio 1917 n. 817 e 30 giugno 1918 n. 880 istitutivi di commissioni mandamentali munite di poteri di arbitri amichevoli compositori. Tali giurisdizioni furono poi riunite in una sola Commissione col R.D.L. 19 novembre 1921, n. 1689. Cfr., su questo argomento, le circolari del Ministero della giustizia 5 nov. 1918, n. 1969 e 27 luglio 1919, n. 1993, le quali spiegano quali sono stati i perturbamenti di analoga origine: nel d.lt. 30 settembre 1915, n. 1444 (zolfare siciliane) art. 11, è detto espressamente che è ufficio del giudice speciale quello di decidere ripartendo, con criterio di equità, fra proprietari ed esercenti, gli oneri eccezionali ed imprevedibili determinati dallo stato di guerra. Per la questione della guerra in rapporto all'agricoltura, v. A. LORIA, *Aspetti sociali ed economici della guerra mondiale*, Milano, Vallard, 1921. Sul punto della produzione dei generi alimentari, la loro conservazione, distribuzione dei viveri e determinazione dei prezzi da parte della burocrazia in maniera assolutamente negativa per l'economia italiana, v. U. RICCI, *Il fallimento della politica annonaria: lezioni tenute nella Università commerciale Bocconi*, Firenze, La Voce, 1921. Su questo autore cfr. G. BUSINO, *Materiali per la bio-bibliografia di Umberto Ricci. Bibliografia di Umberto Ricci*, Firenze, Olschki, 2002, pp. 341-342: « Nel giugno 1921 partecipa alla conferenza cotoniera di Liverpool e Manchester, ne redige il resoconto poi pubblicato, a novembre, nella Rivista dell'associazione bancaria italiana. Nota quanto sia grande la diffidenza degli agricoltori nei riguardi dei commercianti e degli agenti di borsa, quanto sia forte l'avversione degli agrari per i contratti a termine e che, nonostante i proclami di fratellanza fra i cotonieri di qua e di là dell'Atlantico, i dissidi restano insormontabili a breve

missioni arbitrali istituite dal d.lt. 30 giugno 1918, n. 880, per risolvere con criteri di equità le controversie relative alla esecuzione di certe pattuizioni contenute nei contratti agrari (per esempio quelle relative alla riconsegna delle scorte vive e morte), il fondamento economico dei quali era stato dalla guerra profondamente alterato.

« Non mi sembra », aggiungeva Stolfi, che tali commissioni « abbiano fatto dappertutto buona prova »⁽²⁸⁰⁾; mentre l'autore le avrebbe considerate assai opportune nel caso delle norme regolatrici degli affitti di immobili rustici e urbani, non essendosi osservato « il criterio dell'equo prezzo, che sarebbe certamente stato rispettato se ne fosse stata devoluta l'applicazione a collegi di amichevoli compositori »⁽²⁸¹⁾.

L'equità ha fatto grandi passi, negli ultimi anni, aggiungeva Stolfi, malgrado l'uso non sempre corretto che ne facevano le giurisdizioni speciali, istituite a suo avviso proprio in ossequio all'equità, che si è ritenuto — erroneamente, a suo avviso — fosse meglio sentita dai probiviri piuttosto che dai giudici togati⁽²⁸²⁾. Luci e ombre, si potrebbe aggiungere, di queste giurisdizioni speciali, poco amate dai giuristi, ma molto funzionali agli scopi del legislatore di guerra.

Il massiccio ricorso alle giurisdizioni di equità — solo per la materia civilistica ne sorsero infatti qualche decina — trova chiara giustificazione nell'eccezionalità del momento. Nel periodo bellico e postbellico, nonostante le proteste dei giuristi, « non c'è stato, si può dire, decreto luogotenenziale che, dopo aver posto in molti articoli norme di diritto sostanziale concernenti le più svariate materie, non si sia ricordato in un breve articolo finale, *in cauda venenum*, di sottrarre alla giurisdizione ordinaria le controversie even-

scadenza ». Per gli interventi del legislatore di guerra nei confronti degli agricoltori v. M. RICCA BARBERIS, *Sull'obbligo della conservazione dell'abitazione alle famiglie dei coloni chiamati alle armi*, in « Rivista del diritto commerciale », XVI, 1918, I, pp. 137-142; F. CARNELUTTI, *La nuova procedura per le controversie sugli infortuni nell'agricoltura*, in « Rivista di diritto commerciale », XVI, 1918, I, pp. 31-42.

⁽²⁸⁰⁾ N. STOLFI, *La rivoluzione francese e la guerra mondiale in rapporto alle trasformazioni del diritto*, cit., p. 399.

⁽²⁸¹⁾ Ivi, p. 399.

⁽²⁸²⁾ Ivi, p. 407.

tualmente nascenti dall'applicazione di quelle norme, per deferirne la decisione o ad un collegio di arbitri privati scelti volta per volta dalle parti, o addirittura ad un organo pubblico permanente, costituito *ex novo* dallo Stato per la risoluzione di quella speciale categoria di liti » (283). Le considerazioni di Calamandrei, seppure frutto di un'evidente acrimonia rispetto a questo fenomeno, erano veritiere. Mai così tanto come durante la guerra si era sentito il bisogno di un diritto flessibile, adattabile ai bisogni del momento. E così un primo tipo di giurisdizioni andava letto nell'ottica della necessità dettata dall'emergenza del conflitto.

Il diritto comune, cioè il diritto di pace, appariva disarmato rispetto al capovolgimento dei valori messo in atto con la guerra, specie in relazione all'economia (284).

Ciò che apparve chiaramente al legislatore di guerra fu che la crisi era destinata a durare più del previsto, una volta tramontata l'idea-mito della guerra lampo: bisognava trovare ora per ora, giorno per giorno, la norma più appropriata. Furono proprio queste giurisdizioni speciali ad essere incaricate di « tener continuamente d'occhio le fluttuazioni dei valori » e di trovare la norma per il caso concreto. L'esperienza delle giurisdizioni di equità appariva tanto più eccezionale se si pensa che un intervento così massiccio nell'ambito del diritto privato non trovava una misura di confronto se non nell'esperienza della rivoluzione francese e nella codificazione. In questo senso la guerra aveva attuato, silenziosamente, una grande rivoluzione (285). La legislazione italiana di guerra rappresentava, secondo Vassalli, « l'emersione di una cospicua crisi del diritto privato, crisi di quel nodo solidissimo di valori che si era

(283) P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, cit., p. 227.

(284) Ivi, p. 257.

(285) F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in « Rivista del diritto commerciale », XVII, 1919, I, pp. 1-22, spc. p. 3, ora in *Studi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1960, vol. II, pp. 337-363. Su questo saggio di Filippo Vassalli si vedano le considerazioni di P. GROSSI, *Il disagio di un 'legislatore' (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)*, ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 303; ID., *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 131-132.

mantenuto pressoché inalterato dal disegno classico dei romani allo scossone incisivo di fine Ottocento »⁽²⁸⁶⁾.

Gabriele Faggella dedicava un apposito capitolo agli organi di giurisdizione speciale nel suo saggio sopra la legislazione bellica in relazione al diritto pubblico preesistente⁽²⁸⁷⁾. Egli analizzava l'esperienza sia nel campo del diritto pubblico che in quello del diritto privato, con una commistione, presente in tutto il saggio, che manifestava un processo comune in atto: lo *ius belli* era in grado di modificare entrambi dando al diritto civile una connotazione differente rispetto al passato con il prepotente ingresso del pubblico, dello Stato, nel privato. Faggella ricorda che ciò che interessa è « scorgere e misurare l'influenza e il grado di potenzialità del *ius militare* sulla evoluzione del nostro diritto pubblico e del privato »⁽²⁸⁸⁾. E così, sempre a proposito delle commissioni mandamentali istituite per le controversie relative ai contratti di colonia parziaria, salariato fisso e piccolo affitto ecc., Faggella ricordava come esse avessero poteri molti ampi: potevano ad esempio⁽²⁸⁹⁾ annul-

⁽²⁸⁶⁾ P. GROSSI, *Il disagio di un 'legislatore'*, cit., p. 303; G. CAZZETTA, *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica*, cit., p. 525.

⁽²⁸⁷⁾ G. FAGGELLA, *La legislazione bellica in relazione al diritto pubblico preesistente ed alle future riforme*, in « Rivista di diritto pubblico », 5, 1918, pp. 351 e ss.; l'autore annovera, tra le riforme del diritto pubblico di guerra, l'istituzione di organi giurisdizionali in forma di commissioni arbitrali. Altre riforme avrebbero riguardato il tema generale delle libertà individuali. Infine, Faggella ricorda l'influenza del diritto bellico nell'ambito civilistico, per es. sul concetto di diritto reale: « Una evoluzione, si è operata nella legislazione, sebbene limitata allo stato di guerra e ad un breve periodo posteriore: la introduzione e la prevalenza di un elemento pubblicistico nel concetto di proprietà privata ». Il complesso fenomeno di 'arretramento' del diritto privato di fronte all'avanzata irresistibile del diritto pubblico è stato acutamente analizzato da F. FERRARA, *Influenza giuridica della guerra nei rapporti civili*, in « Rivista del diritto commerciale », XIII, 1915, I, p. 26; ID., *Diritto di guerra e diritto di pace*, cit., pp. 682 ss.; F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », I, 1947, pp. 76 ss., ora in *Studi giuridici, Studi vari (1942-1955)*, Milano, Giuffrè, 1960, vol. III, t. II, p. 621. Cfr. inoltre G. MELIS, *Il diritto amministrativo tra le due guerre*, in *Il diritto amministrativo negli anni Trenta*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 24.

⁽²⁸⁸⁾ G. FAGGELLA, *La legislazione bellica in relazione al diritto pubblico preesistente ed alle future riforme*, cit., p. 350.

⁽²⁸⁹⁾ Secondo quanto prescritto dal d.l. 30 maggio 1916, n. 645, (relativamente

lare le convenzioni stipulate anteriormente ai decreti luogotenenziali sui contratti agrari in quanto incompatibili. A proposito inoltre delle commissioni istituite col d.l.t. 27 luglio 1916 n. 913, Faggella ricordava l'applicabilità della legge sui probiviri del 1893 per tutto quanto non previsto dal decreto stesso, a conferma del fatto che la legge del '93 rappresentava per le giurisdizioni di guerra il modello integrativo per tutte le lacune che in esse si potevano riscontrare.

La posizione giuridica di questi organi nell'ordinamento giuridico era discussa: ma ne risultava certamente un'attività limitatrice della giurisdizione ordinaria, che « dopo l'abolizione del contenzioso amministrativo, si era grandemente allargata e aveva acquistata la pienezza del suo impero ». Questa, « nel periodo di soli 12 lustri, pel pullulare delle giurisdizioni speciali, si è andata poco a poco restringendo »⁽²⁹⁰⁾.

In molti casi, è evidente il tentativo del legislatore di guerra di proteggere, attraverso l'attività di queste giurisdizioni, il contraente debole: si realizzava infatti una giustizia *ad hoc*, composta spesso da personale tecnico, non togato. La « previsione specifica, fatta dalle leggi di guerra, di commissioni arbitrali quali organi di decisione rapida ed efficace o di criterii equitativi rimessi al prudente apprezzamento del giudice (che diventa inevitabilmente un giudice d'equità » portava dritti verso una « vistosa smentita » del « formalismo legalitario » e rappresentava « il presupposto delle accese dispute in tema di equità proliferanti in Italia nei primi anni Venti »⁽²⁹¹⁾.

« Non è improbabile che queste magistrature speciali debbano continuare a vivere » chiosava Faggella quasi al termine della sua analisi delle giurisdizioni di equità: il principio di equità come fonte del diritto « mentre nel nostro comune sistema legislativo essa non è tale, vale in questo diritto bellico, e contribuirà anche nel diritto

al credito agrario e zone danneggiate dai topi compagnoli), per le province di Foggia, Bari, Campobasso e Potenza.

⁽²⁹⁰⁾ G. FAGGELLA, *La legislazione bellica in relazione al diritto pubblico preesistente ed alle future riforme*, cit., p. 354.

⁽²⁹¹⁾ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 133.

comune ad ammetterla come principio generale »⁽²⁹²⁾. Anche Filippo Vassalli, nella sua lucida lungimiranza, coglieva il valore dell'eccezione. In particolare, a proposito delle giurisdizioni speciali, restano fondamentali le sue considerazioni: « Abbiamo veduto crescere intorno a noi in questi ultimi anni, con la legislazione di guerra, una miriade di giurisdizioni speciali. Del fatto s'è discusso con fastidio, con riprovazione, con preoccupazioni varie: io stesso ho avuto occasione di esprimerne in più d'un caso. Ma a parte alcune ragioni che sono alla superficie (e che forse sono quelle oltre le quali non sono andati gli stessi autori delle riforme), io penso che risponda a un'intima ragione il moltiplicarsi delle giurisdizioni speciali: e anche in materie che spettavano al diritto privato, così l'impiego privato, le locazioni dei fondi urbani, i contratti agrari. L'ufficio del giudice si riduce in corrispondenza della riduzione del diritto privato ». Tenevano insomma a prevalere nella disciplina dei rapporti giuridici preoccupazioni amministrative ed era proprio « l'attuazione o l'integrazione amministrativa » a spingersi avanti nella tutela dei diritti. Queste preoccupazioni erano sempre rimaste estranee alla tradizionale figura del giudice e al suo ufficio: « apprezzamenti più o meno discrezionali non sono propri della tutela giurisdizionale del diritto privato »⁽²⁹³⁾. In poche righe Filippo Vassalli spiegava con grande capacità di penetrare in profondità i dati reali e con occhio critico le cause giuridiche e politiche di un fenomeno importante e sintomatico di quanto si stava verificando in Italia in quegli anni.

Con il ricorso a tali giurisdizioni si cercava, secondo Ferrara, di realizzare una procedura più rapida e maggiormente rispondente alle esigenze di giustizia delle parti, producendo, ove possibile, una transazione degli interessi confliggenti. Ma questo sistema era anche la confessione amara dei difetti dell'ordinamento giudiziario, che « con le sue lentezze, formalismi e complicazioni, e con le gravi

⁽²⁹²⁾ G. FAGGELLA, *La legislazione bellica in relazione al diritto pubblico preesistente ed alle future riforme*, cit., p. 355.

⁽²⁹³⁾ F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, cit., p. 8.

spese a cui è subordinato »⁽²⁹⁴⁾ rendeva incerto e difficile ottenere giustizia. Anche Vittorio Polacco aveva preso una posizione piuttosto favorevole all'esperienza delle giurisdizioni speciali: « la legislazione eccezionale del lungo periodo di guerra ha particolarmente accentuato gettando a larghe mani una semente che fruttificherà, io credo, anche in avvenire e di cui non mancavano del resto saggi nello stesso Codice civile e in leggi speciali. Alludo a quei molteplici casi in cui, istituite speciali commissioni giudicanti per materie di diritto privato, si vuole decidano secondo i dettami dell'equità. Si dà così in mano all'autorità giudicante quell'arma che è propria dell'autorità amministrativa e consiste in un libero potere discrezionale, il che è riprova di un principio che va facendosi sempre più strada e che io chiamerei della permeabilità dei tre poteri, legislativo, esecutivo e giudiziario per una specie di fenomeno capillare. Quella tripartizione rimane sì tra le massime guarentigie costituzionali, ma più non si ha la pretesa di poter separare con un taglio netto l'un potere dall'altro »⁽²⁹⁵⁾.

Decisamente lontane dunque appaiono le posizioni di un Polacco, di un Ferrara e di un Vassalli rispetto a chi, come Biagio Brugi, frettolosamente liquidava l'esperienza delle giurisdizioni d'equità definendole un « fatuo fuoco del tempo di guerra »⁽²⁹⁶⁾.

11.1. *Un caso paradigmatico: il rapporto di impiego privato.*

L'attenzione che lo Stato esprimeva nei confronti dei privati si manifestava anche attraverso una volontà di cura degli interessi materiali degli impiegati: era in quest'ottica, secondo Filippo Vassalli, che andava letto il decreto luogotenenziale 1° maggio 1916 n. 490 sul rapporto di impiego privato⁽²⁹⁷⁾: « noi abbiamo visto in questi ultimi tempi, come non mai, lo Stato prendere cura degli interessi

⁽²⁹⁴⁾ F. FERRARA, *Diritto di guerra e diritto di pace*, cit., p. 691.

⁽²⁹⁵⁾ V. POLACCO, *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, cit., p. 117.

⁽²⁹⁶⁾ B. BRUGI, *L'equità e il diritto positivo*, cit., p. 452.

⁽²⁹⁷⁾ F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, cit., p. 5; R. MONTESSORI, *Il contratto di impiego privato nel progetto di legge presentato alla Camera dei deputati*, Discorso letto nella solenne apertura degli studi nella R. scuola superiore di commercio di Venezia, Venezia, Istituto veneto arti grafiche, 1916; ID., *Il progetto*

materiali degli impiegati. [Essi] hanno avuto per legge concesso il caro-viveri e nell'occasione hanno visto regolato per legge almeno in punti essenziali il loro rapporto d'impiego, che fino a ieri era regolato per contratto »⁽²⁹⁸⁾. Vero è che apparentemente il decreto andava a creare una situazione di privilegio per i militari impiegati solo a certe condizioni: ma se si legge con attenzione il decreto, si scopre che esso disciplinava, nei suoi punti essenziali, il rapporto di impiego privato che prima era regolato solo per contratto e quindi lasciato, per così dire, alla libera contrattazione ed al libero incontro della volontà delle parti⁽²⁹⁹⁾.

Già prima della guerra si era discusso sulla definizione di impiegato privato e sulla disciplina da applicare, ma senza arrivare ad

di legge sul contratto di impiego privato, in « Rivista del diritto commerciale », XIV, 1916, I, pp. 112 e ss.; O. SECHI, *Nota a sentenza*, Commissione centrale per l'impiego privato, udienza del 14 dicembre 1989, Todde c. Sagiocco, in « Foro italiano », 44, 1919, I, coll. 189-191, dove si evidenzia la nozione di impiegato quale formulata dalla Commissione centrale (istituita insieme alle commissioni provinciali col r.d.l. 9 febbraio 1912, n. 112); impiegato era colui che aveva funzioni relative allo svolgimento e al concetto amministrativo nell'azienda; G. MARASCO, *Il nuovo progetto di legge sull'impiego privato*, in « Il Filangieri », LXI, 1916, p. 753; V. ANGELONI, *La competenza delle commissioni arbitrali provinciali e il contratto di impiego a tempo determinato*, in « Foro italiano », 45, 1920, I, col. 714; L. BARASSI, *L'apposizione del termine al contratto d'impiego e il d.l. 9 febbraio 1919 n. 112*, in « Foro italiano », 45, 1920, I, coll. 424-427; O. SECHI, *I contratti tipo d'impiego privato; autorità competenti a formularli e loro efficacia fra le parti contraenti*, in « Foro italiano », 45, 1920, I, coll. 1002-1006; L. BARASSI, *Il contratto d'impiego privato e la competenza delle commissioni arbitrali*, in « Foro italiano », 47, 1922, I, coll. 285-287; U. GUIDI, *Le locazioni d'opere: il contratto d'impiego privato, d.l. 9 febbraio 1919, n. 112, nella dottrina, nella giurisprudenza, nella legislazione comparata*, Milano, Pirola, 1922; E. MUGGIANI, *Contratto d'impiego privato e competenza delle commissioni arbitrali*, in « Monitore dei tribunali », 25, 1922, p. 705; P. FALLETTI, *Il contratto d'impiego privato: d.l. 9 febbraio 1919 n. 112 e i vari decreti luogotenenziali precedenti*, Milano, Sironi, 1923; N. LEVI, *Gli impiegati degli enti autonomi e la competenza delle commissioni arbitrali per l'impiego privato*, in « Rivista del diritto commerciale », XXI, 1923, II, p. 548; A. MADONNA, *Il contratto d'impiego privato secondo il decreto luogotenenziale 9 febbraio 1919 e la prestazione d'opera artistica*, in « Foro italiano », 48, 1923, I, col. 34; D.R. PERETTI GRIVA, *Il contratto d'impiego privato quale è disciplinato dal R. decreto-legge 13 novembre 1924, n. 1825. Commento teorico-pratico*, Milano, Società editrice Libreria, 1925.

⁽²⁹⁸⁾ F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, cit., p. 5.

⁽²⁹⁹⁾ *Ibidem*.

una soluzione. Proprio la straordinaria situazione in cui si erano venuti a trovare il locatore (impiegato) ed il conduttore d'opere (l'industriale datore di lavoro) « ha fatto toccare con mano la giustizia e la necessità di un provvedimento legislativo a tutela dell'uno e dell'altro contraente, ma soprattutto a garanzia dell'impiegato, che un sentimento di dovere e di umanità imponevano avesse tutta la protezione dello Stato »⁽³⁰⁰⁾. Così scriveva Ettore Donetti, nel commentare il decreto luogotenenziale del 1916 sul rapporto di impiego privato, e ciò evidentemente confermava la natura dei recenti interventi da parte dello Stato in materia di diritto privato, interventi volti a proteggere gli interessi dei privati stessi, travalicando però quelli che erano considerati i consueti confini del diritto privato i cui rapporti erano caratterizzati dal libero incontro delle volontà. Non più dunque totale autonomia nella determinazione del rapporto di impiego privato in tutti i suoi profili, come la tipologia della prestazione, la durata e quant'altro, ma una precisa definizione della figura dell'impiegato. Prima del decreto luogotenenziale la dottrina discuteva sui requisiti che la prestazione dovesse assumere perché un soggetto potesse essere considerato impiegato e le differenze rispetto alla figura dell'operaio. Alcuni autori invocavano la misura fissa della retribuzione ma questa non era in genere ritenuta sufficiente per qualificare l'impiegato. La distinzione rispetto all'operaio si rendeva necessaria dato che si negava la possibilità di estendere per analogia la disciplina dei probiviri, e si richiedeva un apposito provvedimento legislativo che istituisse dei probiviri anche per gli impiegati privati.

Il rapporto di impiego privato non era in realtà del tutto privo di una disciplina: prima della guerra si faceva ricorso, oltre che al contratto stipulato dalle parti, agli articoli 1570 e 1627 del codice civile che definivano la locazione delle opere come il contratto con il quale una delle parti si obbligava a fare per l'altra una cosa dietro mercede pattuita (1570), obbligando la propria opera all'altrui servizio (art. 1627, c.1). Mancava chiaramente nel codice qualunque

⁽³⁰⁰⁾ E. DONETTI, *Il decreto luogotenenziale 1° maggio 1916, n. 490, a favore degli impiegati delle aziende private richiamati in servizio militare, (note giuridiche e appunti pratici)*, in « Il Diritto commerciale », VIII, 1916, I, p. 395.

riferimento alla tipologia della prestazione, che in questo caso poteva essere considerata di tipo intellettuale. In dottrina allora si propose una definizione di *locatio operarum* (o locazione di opere, *ex art.* 1570 e 1627, c.1 c.c.) rispetto alla *locatio operis* (o locazione di un'opera, *ex art.* 1627, c.3 c.c.) che fosse funzionale alla 'edificazione' concettuale del rapporto di impiego: la prima, la locazione di opere era il *Freidensvertrag*, cioè il contratto che aveva per oggetto la prestazione di lavoro libero che non implicava un rapporto di dipendenza passiva e nel quale la ricompensa era detta stipendio. Nel caso invece del *Lohndiensvertrag* si aveva una prestazione di opere materiali o manuali per cui si ammetteva un rapporto materiale di soggezione o dipendenza ⁽³⁰¹⁾. Come tuttavia ebbe modo di preci-

⁽³⁰¹⁾ La distinzione tra *locatio operis* e *locatio operarum* è proposta da Ettore DONETTI, *Il decreto luogotenenziale 1° maggio 1916*, cit., p. 396, ma ricavata da J.K. BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, München, Cotta, 1860, III, § 122. Notoriamente tale distinzione non era ferma, ma in dottrina spesso le due figure si sovrapponevano con un progressivo assorbimento della seconda nella prima. La *locatio-conductio* delle opere nel diritto civile ottocentesco non ha più lo stesso significato proprio del diritto romano. Cfr. G. GIUGNI, *Lavoro, legge contratti*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 255; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Profili storico-critici*, Napoli, Morano, 1967, pp. 130 e ss. Per la ricostruzione della figura nel diritto romano v. L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in « Bull. Ist. Dir. Romano », LXII, 1959, p. 9. In origine, la *locatio operis* esprimeva un concetto di lavoro svolto in autonomia, e la *locatio operarum* alludeva invece ad un rapporto di subordinazione, nel senso che il vero oggetto era l'uomo che *locabat se*. Questo modello, quasi ribaltato, viene reimpiegato per costruire l'ossatura del rapporto di impiego privato. Tale ribaltamento si connetteva ad una trasformazione del concetto di *locatio operarum*, non più intesa come locazione della stessa persona del lavoratore, ma come locazione della forza lavoro. Proprio grazie all'elaborazione della pandettistica, la messa a disposizione dell'attività andava ad assumere un valore discriminante tra la *locatio operarum* e la *locatio operis*. V., sul punto, D.R. PERETTI-GRIVA, *Il contratto di impiego privato*, cit., pp. 1-2: « come entità giuridica, il contratto di impiego privato rientra nella categoria della locazione delle opere di cui all'art. 1570 del codice civile che, con poche parole, sta a definire un rapporto vastissimo e multiforme comprendente tanto la *locatio-conductio operarum* quanto la *locatio-conductio operis*. La distinzione è fatta nell'art. 1627 stesso codice. La locazione d'opere propriamente detta, quella cioè così qualificata con locuzione romanistica, presuppone la subordinazione del locatore al conduttore: con essa si pone la propria attività a disposizione di un altro. Nella locazione di opera, il locatore non si vincola che per il risultato del lavoro. Il rapporto di impiego è, evidentemente, compreso nella prima. Per un precipuo carattere fondamentale, il contratto di impiego si

sare Pietro Cogliolo, il contratto di impiego non era nè la *locatio operarum* del codice civile, nè il contratto di lavoro dell'operaio, ma un contratto a sé; egli lo definiva un contratto innominato⁽³⁰²⁾.

Entrambi i due requisiti richiesti in dottrina per il configurarsi del rapporto di impiego (la mancanza di soggezione e la prestazione di tipo concettuale o intellettuale) sembrano essere poi confluiti nel disegno di legge sul contratto di impiego privato.

Il progetto di legge sul contratto di impiego privato (elaborato da apposita commissione a ciò delegata) fu presentato il 12 dicembre 1912 dall'onorevole Luigi Luzzatti. Si trattava di otto articoli, alla cui elaborazione aveva collaborato anche il Consiglio superiore del lavoro. Finita la legislatura senza che la legge venisse approvata, fu riproposta il 24 aprile 1913 da Vittorio Emanuele Orlando⁽³⁰³⁾. Il disegno di legge presentava all'art. 1 la definizione di impiegato, definizione importante, come si è già detto, in quanto era mancata fino ad allora una precisa ricostruzione della figura dell'impiegato presso un'azienda privata. L'art. 1 stabiliva che « Il contratto di im-

distingue da altre forme di locazione di opere in quanto l'impiegato presta, normalmente la intera sua attività, e in modo continuativo e subordinato, a favore di altri »; S. MAGRINI, *Lavoro (contratto individuale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1973, vol. XXIII, p. 371. Per la distinzione tra operaio e impiegato, distinzione che era « destinata a farsi meno marcata, fors'anche a svanire », v. R. MONTESSORI, *Il progetto di legge sul contratto di impiego privato*, in « Rivista del diritto commerciale », cit., pp. 118-119; v. anche P. IANACCONE, *Il contratto di lavoro*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, Società editrice libraria, 1898, vol. III, P. III, p. 1039.

⁽³⁰²⁾ P. COGLIOLO, *Il contratto di impiego*, in *Scritti varii di diritto privato*, cit., vol. I, p. 333; ID., *Idee direttive per il contratto d'impiego pubblico e privato*, in *Scritti varii di diritto privato*, cit., vol. II, p. 101.

⁽³⁰³⁾ Una buona ricostruzione delle vicende di questo disegno di legge si legge in D.R. PERETTI-GRIVA, *Il contratto di impiego privato*, cit., pp. 4 e ss. L'autore ricorda come già in un disegno di legge del 26 novembre 1902, che poneva una disciplina generale del contratto di lavoro, era stato incluso il regolamento del contratto di impiego privato. Nel giugno 1912 fu poi presentata la prima proposta di legge sul contratto di lavoro degli impiegati di agenzie private e dei commessi di commercio dagli onorevoli Luzzatti, Orlando, Chiesa, Barziali, Bissolati, Turati e altri 14 deputati. Il progetto fu poi abbandonato e uno nuovo fu presentato alla camera dei deputati il 24 aprile 1913 da Vittorio Emanuele Orlando. La proposta di legge non giunse alla discussione per la fine della XXIII legislatura. Il 13 giugno 1914 fu riproposta, ma i gravi problemi posti dalla guerra non consentirono al disegno di legge di arrivare alla discussione. V., sul punto, P. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro*, cit., pp. 263 e ss.

piego privato [...] è quello per il quale una società o un privato, gestori di una azienda, assumono, al servizio dell'azienda stessa, normalmente a tempo indeterminato, l'attività professionale dell'altro contraente, con funzioni di collaborazione, tanto di concetto che di ordine, esclusa pertanto la semplice prestazione di mano d'opera »⁽³⁰⁴⁾.

Il contratto d'impiego poteva essere, in base alla legge, anche a termine, ma il rapporto doveva essere comunque inteso a tempo indeterminato⁽³⁰⁵⁾ quando l'apposizione del termine non risultasse

⁽³⁰⁴⁾ Come ha ricordato P. SANDULLI, *Impiego privato (in generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1970, vol. XX, p. 266: « La distinzione tra impiegati e operai sul piano legislativo non è nata con la legge sull'impiego privato (r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825)... Già diversi anni prima del progetto di legge predisposto da Luzzatti e Orlando nel giugno 1912, infatti, il legislatore italiano dettando alcune norme protettive degli operai aveva già posto il problema della figura dell'impiegato in termini, possiamo dire, negativi ai fini dell'individuazione dei soggetti esclusi dal campo di applicazione di tali norme... In questo senso vanno ricordate due leggi: l'una relativa alla costituzione dei collegi dei probiviri... l'altra concernente la nascita della assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro per gli operai addetti all'industria (art. 2 l. 17 marzo 1898 n. 80, r.d. 31 gennaio 1904, n. 5) ». Per una 'definizione in negativo' della figura di impiegato v. E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, cit., pp. 46-47.

⁽³⁰⁵⁾ F. CARNELUTTI, *Un surrogato della legge sul contratto di impiego (a proposito delle norme della Camera di Commercio di Milano sul contratto di impiego commerciale)*, in « Rivista del diritto commerciale », VII, 1909, I, p. 287, parlava di una tendenziale stabilità del rapporto di lavoro come un fenomeno in atto che avrebbe riguardato in particolare la categoria degli impiegati commerciali. L'Autore inoltre osservava: « Intanto la deficienza di regolamento legale del rapporto, con la conseguente necessità di andar cercando norme dispositive del regolamento fuori del diritto scritto — scriveva Francesco Carnelutti prendendo spunto dall'analisi dell'attività del Collegio degli arbitri per le controversie tra principali e commessi istituito presso la Camera di commercio di Milano — provoca la sostituzione del giudice privato (arbitro) al giudice statale (magistrato). Si ritiene quello più capace che questo di rintracciare nelle rapide correnti della vita la norma di uso e soprattutto la norma di equità: più capace perché più libero da vincoli di scuola e più vicino alle fonti del diritto che si forma. Questa è la ragione del fiorire dell'istituto arbitrale nel campo del contratto di lavoro: la magnifica resistenza di quell'istituto alla organizzazione soverchiante del giudizio statale è dovuta soprattutto, oltre che ai difetti del nostro procedimento civile, al bisogno di sottrarre il giudizio alle norme di un diritto scritto deficiente o contraddicente ormai al diritto in formazione (...). Ma ecco che quelle norme *dispositive*, che un privato non può offrire al giudice per il regolamento del rapporto possono invece essere offerte al col-

giustificata dalla speciale natura dello stesso rapporto, ma dipendesse solo dalla volontà di eludere le disposizioni della legge. Il decreto luogotenenziale del 1916 non definiva la figura dell'impiegato, ma sostanzialmente la supponeva come data sulla base del disegno di legge. La maggior parte della dottrina infatti riconosceva nell'impiego privato proprio quei caratteri delineati dall'art. 1 del disegno di legge. La fortunata sorte del disegno di legge del 1912 era frutto di più cause, come la assoluta necessità di concretizzare la figura dell'impiegato privato e l'autorevolezza dei soggetti chiamati a far parte della commissione che elaborò l'art. 1.

Camillo Petroncelli, giudice a Livorno, ed autore di un saggio sulla questione del rapporto di impiego privato⁽³⁰⁶⁾, invitava proprio ad utilizzare tale testo di legge, invece che a seguire le opinioni degli 'studiosi'. Ma poi si correggeva, ed evidenziava che il disegno di legge non poteva essere ritenuto vincolante per se stesso in quanto non ancora legge, ma per il notevole valore dottrinale di cui era portatore, specialmente l'art. 1. Questa considerazione contri-

legio arbitrale permanente dell'ente stesso, che lo costituisce. Meglio possono essere adottate dallo stesso collegio permanente degli arbitri come un *programma* delle norme d'equità ch'essi saranno per applicare. Così l'equità da fonte di decisione del caso singolo assurge a fonte di norme vere e proprie: e sempre più il suo concetto si forma nel contrasto tra diritto positivo e diritto latente » (p. 280). Su Francesco Carnelutti giuslavorista si vedano: U. ROMAGNOLI, *Francesco Carnelutti e il diritto del lavoro*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 50, 1996, 1, pp. 419-444; e G. PERA, *Francesco Carnelutti giuslavorista*, in « Rivista italiana di diritto del lavoro », 15, 1996, 1, pp. 107-111. Per l'apporto di Carnelutti al diritto del lavoro cfr. G. CAZZETTA, *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica*, cit., pp. 532 e ss.: « l'intervento dello stato non è più relegato in un angolo appartato, ma diviene un prezioso punto di osservazione per scorgere le trasformazioni in corso e fare emergere un sistema più ampio, espressione di un diritto del lavoro che pare finalmente abbandonare i binari entro cui in quegli anni lo costringeva Barassi ». Sull'attività delle camere di commercio v. A. SCIUMÈ, *Organizzare l'economia. Le camere di commercio nell'Italia contemporanea fra diritto commerciale e diritto amministrativo*, Brescia, Promodis Italia editrice, 2000. Il contratto di impiego privato fu elaborato proprio sulla base delle esperienze dei contratti-tipo formulati dalle camere di commercio; cfr. S. MAGRINI, *Lavoro (contratto individuale)*, cit., p. 372. V. anche *Il Consiglio superiore del lavoro (1903-1923)*, a cura di G. Vecchio, Milano, F. Angeli, 1988.

⁽³⁰⁶⁾ C. PETRONCELLI, *Osservazioni sul decreto luogotenenziale 1° maggio 1916 n. 490 recante provvedimenti a favore degli impiegati delle aziende private richiamati in servizio militare*, in « Il diritto commerciale », VIII, 1916, pp. 354-355.

buisce a chiarire un po' la complicata situazione dell'ordinamento giuridico di guerra, che pare interamente nelle mani del governo legislatore, ma che non dimentica l'importanza della scienza giuridica. Anzi, in questa ipotesi sembra che la mancanza di una legge, la difficoltà a livello parlamentare di approvarla e l'urgenza di trovare una disciplina agevolino il ricorso alla categoria elaborata dalla scienza, almeno per il rapporto di impiego privato. L'importanza del disegno di legge è ancora maggiore, anche se del tutto sprovvisto della forza di legge, per il fatto che servirà da modello per la legislazione futura sul rapporto di impiego privato: si pensi all'art. 1, riprodotto quasi nella sua integralità nel r.d.l. 9 febbraio 1919 n. 112, come anche agli articoli 13 e 14 sull'istituzione delle commissioni miste, presso ogni camera di commercio, per la definizione delle controversie, articoli che trovavano una corrispondenza, nel decreto del 9 febbraio, anche nella numerazione, oltre che nella identità dei contenuti.

Prima della guerra dunque erano già emerse alcune esigenze, quali la necessità di una definizione di impiegato; l'esigenza di una disciplina del rapporto di impiego privato; la considerazione della opportunità di un collegio di probiviri come per gli operai; l'impossibilità di una mera estensione in via analogica della disciplina dettata per questi ultimi, poiché l'art. 1 l. 15 giugno 1893 n. 295 prevedeva l'istituzione dei collegi di probiviri per la soluzione delle controversie sorte tra imprenditori ed operai o apprendisti o anche fra operai. La guerra dunque non creava *ex novo* la disciplina del rapporto di impiego, ma si limitava ad accelerare alcune scelte che in sede parlamentare tendevano ad essere rimandate e che erano maturate a livello dottrinale ⁽³⁰⁷⁾.

⁽³⁰⁷⁾ V. P. COGLIOLO, *Idee direttive per il contratto d'impiego pubblico e privato*, cit., vol. II, pp. 96 e ss. Il saggio in questione era in origine una relazione presentata al Congresso giuridico tenutosi a Roma nel 1911; è sempre Pietro COGLIOLO, *Il contratto di impiego*, in *Scritti vari di diritto privato*, cit., vol. I, p. 333, a dichiarare di essere stato tra i primi a parlare di contratto di impiego: « lo stesso nome è recente e sono pochi anni che è entrato nell'uso comune del parlare. Sono obbligato... a dire che fui dei primi in alcuni scritti e poi in comunicazioni al Congresso forense di Napoli e poi nelle sedute della Commissione per il contratto di lavoro nel 1890 e 1891, e poi in un pubblico discorso nel 1897 a dire che c'è un contratto di impiego »; ID., *Le alte idealità del*

11.2. *La disciplina del rapporto di impiego privato in tempo di guerra: la sospensione del rapporto.*

Il decreto del 1° maggio 1916 n. 490 lasciava operare l'equità su un duplice versante: da un lato, a livello contenutistico, riconosceva, per ragioni evidentemente equitative, condizioni più giuste di lavoro agli impiegati in guerra, estendendo un trattamento che già era stato riconosciuto agli impiegati pubblici. Dall'altro lato consentiva, per le eventuali controversie, il ricorso a commissioni arbitrali munite dei poteri degli amichevoli compositori.

Il decreto luogotenenziale 1° maggio 1916 n. 490 ⁽³⁰⁸⁾ stabiliva infatti all'art. 1 che per tutta la durata della guerra e fino a nuova disposizione, nelle aziende che avessero permanentemente più di due impiegati e per gli impiegati che fossero a servizio dell'azienda da almeno un anno e fossero stati richiamati alle armi, il rapporto

diritto, in *Scritti vari di diritto privato*, cit., vol. I, pp. 22-23: « La locazione delle opere è una specie che rientra nel contratto di lavoro ma non lo abbraccia intieramente. Una specie a sé, che solo modernamente si è esplicita in tutta la sua estensione e crescente frequenza, il contratto di impiego, cioè la destinazione che una persona fa della propria generale attività in favore di privati, di industrie, di enti pubblici, con intendimenti continuativi e scopi di carriera. Questo contratto di impiego riguarda gli impiegati delle industrie, delle ferrovie, dei comuni, delle provincie, dello stato: norme speciali e regolamentari, in particolar modo per la natura degli impiegati degli enti pubblici amministrativi, regoleranno, come già ora avviene, questo loro contratto di impiego, ma il Codice civile deve regolare la parte essenziale, comune, generica di tutti gli impiegati. Questa parte giuridica, comune a tutte le molteplici forme del contratto di impiego, è oggi dagli scrittori e dalla giurisprudenza ricercata nei principi generali delle obbligazioni e il contratto di impiego è oggi un contratto innominato che cade sotto l'art. 1103 del codice civile. Ora è necessario che il contratto di impiego seguendo la legge di evoluzione che ha dominato anche altri contratti, passi da un contratto innominato ad essere contratto nominato e diventi una sottospecie del contratto di lavoro »; L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., vol. I, pp. 814 e ss., spc. p. 816: « manca un vero criterio differenziale, che è dato dalla natura della prestazione di lavoro... vi sono operai dalle mansioni delicatissime e... impiegati nelle cui funzioni ben poco si saprebbe trovare di intellettuale... Se si pone mente d'altra parte all'attuale processo di equiparazione del trattamento normativo degli impiegati e degli operai, si può rilevare che esso non si esaurisce sul piano della contrattazione collettiva, ma interessa sempre più ampiamente anche il nostro sistema legislativo ».

⁽³⁰⁸⁾ Questo decreto fu seguito dal d.lt. del 2 settembre 1917 n. 1448, e del 10 marzo 1918, n. 349 nonché del 24 novembre 1918 n. 1773.

contrattuale persisteva pur rimanendo sospeso fino alla cessazione del servizio militare. Era il meccanismo della continuazione-sospensione quello ideato dal legislatore al fine di consentire la permanenza del rapporto che entrava in una sorta di stato di quiescenza, per cui restavano sospese anche tutte le ragioni creditorie e debitorie tra impiegato ed azienda, fino alla cessazione del servizio militare. Il decreto prescriveva inoltre l'obbligo, per il militare richiamato in guerra, di comunicare entro un mese dalla cessazione del servizio militare, di voler riprendere il servizio. Il meccanismo della continuazione-sospensione consentiva sia all'azienda che all'impiegato (ma soprattutto all'impiegato) di godere di alcuni vantaggi: per l'azienda, si apriva l'opportunità di assumere un nuovo impiegato per tutto il periodo di assenza dell'altro, con la possibilità di licenziamento senza indennità all'atto della comunicazione da parte dell'altro impiegato richiamato in guerra di voler tornare al posto di lavoro in quanto congedato in maniera definitiva. L'impiegato in guerra, se l'azienda aveva le dimensioni sopra indicate (più di due impiegati), aveva invece il diritto di conservare il posto di lavoro; se poi l'azienda impiegava più di tre persone, poteva disporre di un'indennità che gli veniva corrisposta in misura diversa a seconda dell'anzianità di servizio: agli impiegati con dieci anni di servizio, ad esempio, se sposati o vedovi con figli minorenni, spettava la metà dello stipendio, altrimenti un terzo. Agli impiegati con meno di dieci anni ma almeno cinque anni di servizio, spettava un terzo o un quarto dello stipendio, a seconda dello stato di famiglia (art. 3). Alcune sanzioni erano inoltre previste per il padrone d'azienda che licenziasse l'impiegato al fine di eludere l'applicazione della normativa posta dal decreto luogotenenziale: in questa ipotesi, una volta accertato che la causa del licenziamento era stata proprio la volontà di sottrarsi all'applicazione del decreto n. 490, il lavoratore non poteva essere reintegrato nel posto di lavoro in via coattiva, ma il padrone poteva essere costretto a pagare comunque le indennità spettanti all'impiegato per il periodo di guerra (art. 6).

Il regime di continuazione-sospensione del rapporto di impiego privato creava chiaramente una situazione per così dire di privilegio nei confronti dell'impiegato richiamato alle armi, ma in realtà estendeva a questo tipo di impiegati un regime analogo a quello de-

gli impiegati pubblici ⁽³⁰⁹⁾. Si trattava di un provvedimento dettato dal sentimento di equità del legislatore, che riteneva ingiusta la perdita del posto di lavoro in capo a chi avesse dovuto assentarsi dall'impiego per difendere la patria ed intendeva così proteggere gli interessi di questo lavoratore.

11.3. *I conflitti eventuali e la commissione arbitrale designata per la loro soluzione.*

L'art. 11 del decreto luogotenenziale 1° maggio 1916 n. 490 stabiliva che nel capoluogo di ogni provincia fosse istituita una commissione arbitrale per decidere le controversie intorno all'applicazione del decreto. Il ministro dell'agricoltura, industria e commercio aveva facoltà di istituire altre commissioni arbitrali nella stessa provincia e di determinarne la circoscrizione.

La nomina dei membri delle commissioni arbitrali, il cui numero era pari a cinque componenti, spettava al presidente del tribunale: il presidente era scelto tra i giudici, dunque rappresentava la componente cosiddetta togata. Gli altri quattro membri erano invece scelti dal presidente del tribunale, due tra gli industriali e due tra gli impiegati di aziende private. Dei due industriali e dei due impiegati solo uno era membro effettivo della commissione: l'altro aveva invece il ruolo di supplente ed interveniva solo nel caso di assenza del membro titolare. Nessun meccanismo di sostituzione era stato previsto invece per il caso di assenza del presidente, e questa lacuna del decreto luogotenenziale poteva paralizzare l'attività delle commissioni. Il decreto non prevedeva un limite di valore per le cause sottoposte alla commissione arbitrale, limite che invece era previsto nel disegno di legge. Tale progetto prescriveva analogamente l'istituzione di commissioni arbitrali presso le camere di commercio, commissioni che dovevano formulare dei contratti tipo per le diverse specie di aziende, contenenti anche l'indicazione degli orari normali degli impiegati; esse avevano la funzione di inter-

⁽³⁰⁹⁾ V. F. CARINCI, *Alle origini di una storica divisione: impiego pubblico-impiego privato*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », XVIII, 1974, pp. 1098 e ss.

venire nelle eventuali controversie sia individuali che collettive, riguardanti le clausole del contratto di impiego, i limiti di orario e le condizioni della prestazione di lavoro, per tentare la conciliazione delle controversie. In base all'art. 14 del disegno di legge inoltre, in seguito al fallimento del tentativo di conciliazione, le commissioni erano competenti a decidere in maniera inappellabile le controversie il cui valore non superasse le 300 lire. Per le controversie di valore superiore, era prevista la costituzione di un collegio arbitrale costituito da cinque arbitri di cui due nominati dalla parte attrice, due dalla parte convenuta ed il quinto nominato dagli arbitri scelti dalle parti. In caso di disaccordo intorno alla nomina di tale arbitro o di rifiuto di una delle parti di nominarne di propri, doveva provvedere il presidente del tribunale civile del circondario.

Il decreto del 1916 all'art. 11 prevedeva che la commissione arbitrale decidesse con i poteri degli arbitri amichevoli compositori. La figura dell'amichevole compositore era molto ricorrente nella legislazione di guerra e vi si faceva ricorso nella decisione delle controversie riguardanti il rapporto di impiego privato sia nel suo disegno di legge (quindi in tempo di pace) che nel decreto luogotenenziale disciplinante lo stesso rapporto durante la guerra. I collegi istituiti dal legislatore di guerra non erano collegi arbitrali in senso tecnico, e pur essendo muniti dei poteri degli amichevoli compositori erano tali solo in quanto potevano giudicare secondo equità: essi quindi non erano amichevoli compositori in senso stretto, cioè nel senso datogli dall'art. 20 c.p.c. Infatti, a ben guardare, le parti non potevano scegliere se adire l'autorità giudiziaria ordinaria o rivolgersi a questi arbitri: in questo senso si trattava dunque di organi pubblici che lo Stato imponeva ai litiganti e sulla cui composizione le parti non avevano alcun diritto di designazione.

Causa fondamentale della creazione di queste giurisdizioni speciali stava nel bisogno di una formulazione di diritto nuovo in tempi rapidi, senza attendere le lentezze e gli inciampi delle trafale parlamentari. D'altra parte la rapidità di giudizio, la semplificazione delle sue forme, un abbassamento anche dei costi di tali giudizi erano le caratteristiche di queste giurisdizioni speciali.

Le commissioni arbitrali previste dal decreto luogotenenziale del 1° maggio 1916 avevano ampi poteri processuali, potendo ordinare l'esibizione dei libretti del lavoro, registri, documenti, pote-

vano sentire i testimoni chiamati dalle parti e chiamarne altri d'ufficio, procedere a verifiche sul luogo. La decisione della commissione arbitrale prendeva il nome di sentenza o lodo ed era pronunciata in nome del re. Caratteristica di queste commissioni istituite per gli impiegati privati richiamati in guerra era la impugnabilità delle decisioni solo per incompetenza o per eccesso di potere (art. 11) esclusivamente presso una speciale Commissione centrale sita a Roma e composta da un Consigliere di cassazione che doveva fungere da presidente e quattro membri di cui due designati tra persone esperte in materie giuridiche e due tra imprenditori ed impiegati. Le decisioni della Commissione centrale erano definitive ed inappellabili.

L'art. 15 del decreto luogotenenziale 1° maggio 1916 n. 490 stabiliva inoltre che, di fronte alle commissioni arbitrali ed alla Commissione centrale, si applicassero le disposizioni della legge 15 giugno 1893 n. 295, cioè la legge istitutiva dei probiviri, e del suo regolamento 26 aprile 1894, n. 179. Le norme relative ai probiviri — in quanto applicabili — dovevano trovare applicazione per tutto ciò che non fosse stato previsto dal decreto luogotenenziale.

Per quanto concerne i membri delle commissioni arbitrali e della Commissione centrale, sappiamo soltanto, in base al decreto luogotenenziale, da chi devono essere nominati: nel primo caso dal presidente del tribunale, nel secondo dal ministro dell'agricoltura, industria e commercio. Nulla diceva il decreto circa i requisiti necessari per tale nomina. In base a quanto stabilito dall'art. 15, si deve desumere che dovevano applicarsi per analogia le disposizioni della legge sui probiviri.

Differenze ricorrevano invece tra la disciplina dei probiviri e quella sul rapporto di impiego privato in ordine alle impugnazioni: le sentenze o lodi dei collegi arbitrali previsti dal decreto luogotenenziale 1° maggio 1916 non erano appellabili di fronte al pretore o al tribunale competente per territorio, come le decisioni dei probiviri. Contro tali decisioni prese in grado di appello si poteva inoltre ricorrere per cassazione. Era possibile pertanto osservare come la procedura probivirale — sotto il profilo del regime delle impugnazioni — tendesse a ritornare nell'alveo della magistratura ordinaria. Al contrario, nel caso del lodo della commissione arbitrale prevista dal decreto n. 490 del 1916, l'impugnazione per incompe-

tenza o per eccesso di potere (i motivi erano comunque gli stessi anche per i probiviri) era proposta di fronte ad una Commissione centrale formata in prevalenza da tecnici e rendeva un giudizio presumibilmente rapido e ancora una volta più ‘tecnico’ che giuridico. Le decisioni della Commissione centrale non erano impugnabili. Era qui evidente la volontà del legislatore di evitare in ogni modo che il conflitto tra impiegato e padrone si spostasse dalla sede di tipo arbitrale e quindi perdesse il carattere tendenzialmente compositivo, per trovare collocazione presso il tribunale ordinario ed assumere quindi una veste contenziosa vera e propria.

La guerra poneva indubbiamente il legislatore di fronte a problematiche nuove, ma era in grado anche di accelerare alcune riforme che attendevano da tempo di essere realizzate. Così, non di poco conto appare il fatto che alla fine della guerra, con r.d.l. 9 febbraio 1919 n. 112, venisse data la definitiva formulazione giuridica del rapporto di impiego privato⁽³¹⁰⁾. Gli articoli 13 e 14 di quest’ultimo prevedevano l’istituzione presso ciascuna camera di commercio di « commissioni miste » con poteri giurisdizionali. Tale disciplina doveva valere in attesa che venisse riformata la legislazione dei probiviri in senso inclusivo del contratto di impiego. Gli arbitri⁽³¹¹⁾, nominati dalle parti ma resi obbligatori dalla legge, potevano decidere le questioni, ancora una volta, anche come amichevoli compositori. Non solo, ma l’art. 17 di tale decreto stabiliva che fino al momento in cui avessero funzionato le commissioni provin-

⁽³¹⁰⁾ L’articolo 1 delle Disposizioni sul contratto d’impiego privato (d.l. 9 febbraio 1919, n. 112) ripeteva sostanzialmente quanto dichiarato nel progetto di legge presentato alla Camera nel 1912 da Luigi Luzzatti e poi ripresentato nel 1913 da Vittorio Emanuele Orlando. Per la relazione di Orlando v. V.E. ORLANDO, *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Milano, Giuffrè, 1940, pp. 151-210. Su questo importante decreto, v. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 133, nt. 50; C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Bari, Laterza, 1985, p. 218; U. ROMAGNOLI, *Giolittismo, burocrazia e legge sull’impiego privato*, in Id., *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, cit., pp. 77 e ss.; G. TOSATTI, *I lavoratori dell’impiego privato*, in *Impiegati*, a cura di G. MELIS, Torino, Rosenberg & Sellier, 2004, p. 92.

⁽³¹¹⁾ A questi collegi giudicanti di tipo probivirale, come li definisce L. BARASSI, *Nota a sentenza*, Tribunale di Milano, Udienza 9 ottobre 1919, Zani c. Battistoni, in « Foro italiano », XLV, 1920, col. 427, erano inoltre riconosciute una competenza e una giurisdizione molto ampie.

ciali e la Commissione centrale istituite dal d.lt. 1° maggio 1916 n. 490, tutte le controversie e i conflitti riguardanti le clausole del contratto d'impiego dovevano essere decise da quelle commissioni secondo quanto prescritto per il loro funzionamento. Alle commissioni arbitrali il decreto aveva devoluto oltre alla funzione giurisdizionale, da esperirsi *ex aequo et bono* e con semplicità di forme e celerità del procedimento, il « compito di preparare la prassi nella disciplina contrattuale del rapporto di impiego e la conseguente formazione di corrispondenti consuetudini, colla formulazione di contratti tipo contenenti anche la indicazione degli orari normali degli impiegati, ai quali contratti tipo era da augurarsi che andassero le parti conformandosi »⁽³¹²⁾.

La conservazione del regime instauratosi in pieno tempo di guerra, relativamente alla definizione di impiegato, all'istituzione di commissioni arbitrali, appare particolarmente significativa per l'importanza che ebbero le giurisdizioni di equità in un periodo, quale quello della guerra e dell'immediato dopoguerra, in cui tanta incertezza vigeva intorno ad un ipotetico ritorno al vecchio diritto comune. Il decreto del 9 febbraio fu ovviamente oggetto di critiche immediate da parte sia della classe degli impiegati che di quella dei principali. I datori di lavoro si lamentarono per il fatto che non si fosse tenuto sufficientemente conto della delicata fase che stava attraversando l'economia nazionale, e la mancanza di un equilibrio sinallagmatico tra le parti, data l'evidente disparità di trattamento e il manifesto *favor* del legislatore nei confronti dell'impiegato. Gli impiegati, per canto loro, lamentavano una eccessiva timidezza delle riforme in materia di preavviso e di indennità per la risoluzione del contratto. Fu così che, in un'atmosfera — potrebbe dirsi — di reazione, maturava il decreto del 13 novembre 1924, n. 1825 (convertito con legge 18 marzo 1926 n. 562), che andava a definire il trattamento del rapporto di impiego, con estensione di tale disciplina — ed il dato appare piuttosto interessante — anche agli impiegati di enti pubblici⁽³¹³⁾. Veniva tuttavia contemporaneamente

⁽³¹²⁾ D.R. PERETTI-GRIVA, *Il contratto di impiego privato*, cit., p. 14.

⁽³¹³⁾ Occorre tenere presente che nel 1908 era stata approvata la legge Giolitti-Orlando sullo stato giuridico degli impiegati pubblici. Apparentemente quindi i destini

eliminata l'autorizzazione a giudicare come amichevoli compositori. Qualche anno dopo, il r.d. legislativo del 26 febbraio 1928 n. 471 all'art. 1 sopprimeva i collegi dei probiviri e le commissioni per l'impiego privato.

12. *L'epilogo dell'equità giudiziale.*

Il discorso sull'equità nel giudizio civile, in particolare nell'ambito della giustizia del lavoro, non fu, in linea di principio, funzionale al regime fascista: ciò è confermato dal fatto che sarà proprio il legislatore fascista a sopprimere i collegi dei probiviri dopo aver già istituito la Magistratura del lavoro, scelta riconducibile alla preferenza per il principio di giurisdizione unica, e quindi per il ricorso alla magistratura ordinaria. In effetti, se anche la Magistratura del lavoro poteva apparire come speciale, essa aveva una componente togata predominante. I collegi giudicanti erano inoltre costituiti da una sezione distaccata presso ciascuna corte d'appello.

Proprio dalla relazione con cui Alfredo Rocco presentava alla Camera il disegno di legge sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro (l. 3 aprile 1926 n. 563), si evince quale fosse il

delle due figure di impiegato pubblico e privato si separavano, dopo un'origine 'comune' (per il rapporto di impiego pubblico costruito sulla base di un contratto di *locatio operarum*, cfr. G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, cit., p. 207, nt. 18). In realtà, almeno con l'intervento del 1924, sembra che il legislatore tenda ad una ulteriore omologazione delle due figure sia pure entro certi limiti. Ad unirle, oltre ad una certa affinità nella configurazione giuridica, la tipologia dell'intervento dello Stato che si faceva, con i suoi interventi normativi, portatore degli interessi della categoria in entrambi i casi. Cfr. G. MELIS, *Gli impiegati pubblici*, in *Impiegati*, cit., p. 36; ID., *Storia dell'amministrazione italiana 1861-1993*, Bologna, Il Mulino, 1996. Oggi si assisterebbe ad una specie di 'nuova' privatizzazione dell'impiego pubblico, almeno in termini di un alleggerimento della presenza pubblica e di avvicinamento dell'amministrazione ai cittadini; v. A. MARI, *La privatizzazione dell'impiego pubblico*, in *Impiegati*, cit., p. 171. Cfr. S. CASSESE, *Giolittismo e burocrazia nella 'cultura delle riviste'*, in *Storia d'Italia, Annali 4, Intellettuali e potere*, a cura di C. VIVANTI, Torino, Einaudi, 1981, pp. 473-549, in part. pp. 513 ss.; M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle « leggi Bassanini »*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, a cura di F. CARINCI, M. D'ANTONA, Milano, Giuffrè, 2000, pp. LXIII ss.

compito affidato alla Magistratura del lavoro che viene presentata in contrapposizione ai collegi probivirali e alle commissioni istituite per l'impiego privato: in questo quadro, essi rappresentavano una forma « più arretrata e più imperfetta della giustizia di stato. L'arbitro è qualche cosa di meno del giudice... Questa caratteristica dell'arbitrato di essere in tutto o in parte un'emanazione degli interessati ha un grave difetto: quello di dare al giudizio un carattere di transazione e di compromesso, un carattere quasi contrattuale »⁽³¹⁴⁾.

Quanto all'uso dell'equità — per tutti i rapporti non ancora dotati di una disciplina — essa doveva fare i conti con un nuovo criterio, cioè quello degli interessi superiori della produzione⁽³¹⁵⁾. La possibilità di giudicare secondo equità, sancita dalla legge del 1926 e poi riprodotta nell'art. 409 c.p.c.⁽³¹⁶⁾, restava: ma, come è stato giustamente osservato, pur essendo il criterio equitativo legislativamente ammesso per la soluzione delle vertenze di lavoro, esso era ormai inteso « come espressione non tanto di giustizia spicciola del caso concreto quanto piuttosto d'una visione corporativa degli interessi il cui conflitto avrebbe perciò dovuto comporsi subordinatamente alla tutela degli 'interessi superiori' della produzione »⁽³¹⁷⁾. Non era un caso, inoltre, se nel 1926 alla Magistratura del lavoro era stato attribuito un potere di annullamento delle sen-

⁽³¹⁴⁾ *Atti parlamentari*, Camera dei deputati, legislatura XXVII, sessione 1924-25, Documenti, Disegni di legge e relazioni, n. 624. Il testo della relazione è riportato da G.-C. JOCTEAU, *La magistratura e i conflitti di lavoro durante il fascismo, 1926-1934*, Milano, Feltrinelli, 1978, p. 24; R. D'ALFONSO, *Costruire lo stato forte. Politica, diritto, economia in Alfredo Rocco*, Milano, Angeli, 2004; G. VASSALLI, *Passione politica di un uomo di legge*, in *Alfredo Rocco, Discorsi parlamentari*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 49, considera la legge 3 aprile 1926, n. 563 « il primo essenziale fondamento dello stato corporativo »; S. BATTENTE, *Alfredo Rocco. Dal nazionalismo al fascismo, 1907-1935*, Milano, Angeli, 2005, pp. 413 e ss.

⁽³¹⁵⁾ Cfr. G.-C. JOCTEAU, *La magistratura e i conflitti di lavoro durante il fascismo, 1926-1934*, cit., 1978, p. 25.

⁽³¹⁶⁾ R. DE RUGGERO, F. MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, vol. I, *Introduzione e parte generale*, cit., p. 9, § 6, ricordavano che l'art. 16 della l. 3 aprile del 1926, n. 563 sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi (poi art. 409 c.p.c) stabiliva che nella formulazione di nuove condizioni di lavoro la magistratura del lavoro giudicava secondo equità.

⁽³¹⁷⁾ U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro in Italia nel periodo fra le due guerre*, cit., p. 175.

tenze in materia di rapporti individuali di lavoro. Se il fascismo raccoglieva l'eredità del maturo stato liberale⁽³¹⁸⁾, l'uso dell'equità nell'ambito dei rapporti di lavoro subiva un'inevitabile torsione mutando di segno⁽³¹⁹⁾. Ciò tuttavia si combinava con una dottrina che tentava di collocare all'interno del sistema ancora una volta l'eventualità di una soluzione conciliativa ed arbitrare del conflitto piuttosto che il ricorso alla soluzione giurisdizionale⁽³²⁰⁾. E così, mentre Mortara riteneva compatibile la giurisdizione di equità e

⁽³¹⁸⁾ G. CAZZETTA, *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica*, cit., p. 537: l'Autore individua un filo di continuità tra la riflessione di Carnelutti sul tema dell'intervento dello stato in relazione al fenomeno sindacale anteriormente al conflitto mondiale e la sua attenzione relativamente al corporativismo fascista. Più in generale, anche U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro in Italia nel periodo fra le due guerre*, cit., p. 175, ricorda che il fascismo giuridico non nasce in rotta totale con l'esperienza precedente. Cfr. anche G. VENETO, *Alle origini del diritto del lavoro. La cultura e la prassi*, in *Cultura e lavoro nell'età giolittiana*, a cura di V. GALLOTTA, Napoli, Guida editori, 1989, pp. 159-188. In generale, per la cultura giuridica durante il fascismo v. A. MAZZACANE (a cura di), *Diritto economia e istituzioni nell'Italia fascista*, Baden-Baden, Nomos, 2002, ma soprattutto *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, in « Quaderni fiorentini », 28, 1999, tomi I-II.

⁽³¹⁹⁾ Di questo avviso, C. CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., p. 120.

⁽³²⁰⁾ Così Oreste RANELLETTI, *Le associazioni professionali nel diritto pubblico italiano*, in « Rivista di diritto pubblico », 22, 1930, 1, ora in *Scritti giuridici scelti*, V, *Organizzazione pubblica*, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Camerino, Camerino, Jovene, 1992, pp. 161-183, tenta di proporre le riforme fasciste come una soluzione inevitabile per la salvezza dello Stato di fronte al dilagare del movimento operaio di matrice socialista dimostrando che il legame tra sindacalismo e socialismo poteva spezzarsi. Lorenzo MOSSA, nel 1922 con la prolusione *Il diritto del lavoro*, Discorso inaugurale della R. Università di Sassari per l'a.a. 1922-23, Sassari, Stamperia della Libreria italiana e straniera, 1923, costruiva un diritto del lavoro la cui socialità si esprimeva all'interno dell'impresa come « diritto privato sociale », e si rifaceva al diritto libero e ai suoi metodi cui era rimessa la formazione del diritto del lavoro. Si trattava di una prolusione-manifesto che non aveva ancora legami con lo stato fascista e che resterà frustrata nei suoi intenti proprio a causa della legge del 1926. Significativa sarà poi la risposta di Ferruccio PERGOLESI, *Il diritto del lavoro come diritto libero*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », IV, 1924, pp. 300 e ss., per il quale era sufficiente quel « polmone » rappresentato dall'art. 1124 del codice civile al fine di lasciare al giudice qualche libertà; ID., *Diritto processuale del lavoro*, Roma, Edizioni del diritto del lavoro, 1929, pp. 59 e ss., dove viene lasciato ampio spazio ai collegi dei probiviri nell'industria, alle commissioni di conciliazione nelle risaie e agli organi speciali per la soluzione delle vertenze in materia di lavoro agricolo. Il giudizio

l'eventualità di un'amichevole composizione con lo spirito della carta del lavoro ⁽³²¹⁾, Ranelletti approvava i poteri equitativi della Magistratura del lavoro come un segno tangibile del legame con la tradizione giuridica italiana. Infatti, nel commentare l'art. 16 della legge l. 3 aprile 1926, n. 563 ⁽³²²⁾, Ranelletti non senza una certa enfasi ricordava che era riconosciuto al magistrato del lavoro il potere di giudicare secondo equità. Perciò « la Magistratura del lavoro si presenta come una magistratura di equità, che ha molti esempi nel nostro diritto, e molti precedenti nella storia del diritto, tra cui insigne la giurisdizione del pretore romano, che fu soprattutto giurisdizione di equità. L'equità in questi casi è fonte di creazione del diritto » ⁽³²³⁾. Ciò che in ultima analisi è possibile aggiungere è che il periodo aureo dell'esperienza dell'equità giudiziale era indubbiamente tramontato. Quel che restava erano alcune tracce dell'equità. Queste erano destinate a combinarsi con gli elementi di stampo autoritario introdotti dal legislatore fascista nella disciplina dei rapporti di lavoro. L'impiego dell'equità nelle sue varie manifestazioni, dal profilo conciliativo a quello più legato alla fase giudiziale, non risulta in manifesto contrasto con i caratteri che assunse l'ordinamento corporativo nell'ambito della regolamentazione dei rapporti

dato in particolare sull'esperienza dei probiviri è interessante: l'opera dei probiviri appare proficua, ad avviso di Pergolesi, « per la risoluzione rapida e semplice di modeste controversie » ed ha portato un contributo considerevole « alla formazione e allo sviluppo del regolamento giuridico dei rapporti individuali di lavoro, sul quale il codice civile e anche quello commerciale sono, tutt'ora, pressoché muti ». Cfr. sul punto G. CAZZETTA, *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica*, cit., pp. 556-563.

⁽³²¹⁾ L. MORTARA, *Il processo nelle controversie individuali di lavoro. Il passato, il presente, il futuro*, in « Giurisprudenza italiana », 86, 1934, IV, pp. 211 e ss.

⁽³²²⁾ Su questa legge v. in particolare A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario* (1965), Torino, Einaudi, 1995, pp. 126 e ss.; P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, Morcelliana, 1963.

⁽³²³⁾ O. RANELLETTI, *Le associazioni professionali nel diritto pubblico italiano*, cit., pp. 181-182. Si trattava tuttavia di esempi che, seppure presenti nel nostro diritto, conservavano per Ranelletti un carattere eccezionale; sulla natura extralegislativa del diritto sindacale e sulla difficoltà da parte della cultura giuridica italiana di accettare fonti non legislative è quasi d'obbligo il rinvio a G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale: l'esperienza italiana dopo la costituzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1967, pp. 7 ss.

di lavoro: si trattava di segnali scomodi all'interno di una nuova realtà complessa e per certi aspetti contraddittoria ⁽³²⁴⁾ dalla quale tendeva ad emergere l'utopia di un'idea di giustizia del lavoro « imparziale e perfetta » affidata al potere giudiziario ⁽³²⁵⁾. L'«araba fenice», in apparenza ricacciata sotto le sue ceneri, era chiamata ancora una volta a svolgere un suo ruolo.

⁽³²⁴⁾ In questo senso può essere letta la prassi della soluzione conciliata delle controversie di lavoro, su cui v. C. CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., p. 140. Una prassi che ebbe un certo rilievo, come ha segnalato G.-C. JOCTEAU, *La magistratura e i conflitti di lavoro durante il fascismo, 1926-1934*, cit., p. 142: « Parallela alle riforme legislative, del '26, del '28 e del '34, si assiste in linea generale all'affermarsi di una tendenza verso forme di intervento estragiudiziali, che per quanto formalmente operanti sul piano della conciliazione non coattiva della volontà delle parti sconfinano verso manifestazioni di arbitrato se non obbligatorio fortemente vincolante, assumendo un ruolo collaterale e per certi versi sovrapposto a quello giurisdizionale ». I diversi organi coinvolti nell'esercizio di questa attività, spesso presieduti da rappresentanti del partito o dell'esecutivo erano dotati di un forte potere impositivo e la loro affermazione implicava, secondo Jocteau, un riavvicinamento ad organi simili alle giurisdizioni speciali, ai collegi dei probiviri, con un parallelo ridimensionamento dell'unificazione del potere giudiziario in capo alla giustizia del lavoro. In effetti, il modello della giustizia probivirale, non appariva in radicale contrasto con gli organi di tipo corporativo che venivano nel frattempo costituiti.

⁽³²⁵⁾ P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, cit., pp. 93 e ss.; G.-C. JOCTEAU, *La magistratura e i conflitti di lavoro durante il fascismo, 1926-1934*, cit., p. 142.

DOMENICO SICILIANO

PER UNA GENEALOGIA DEL DIRITTO
ALLA LEGITTIMA DIFESA: DA CARRARA AI ROCCO (*)

A. PROBLEMATIZZAZIONE. — B. LA 'ROBA' E LA VITA. — I. Il Codice penale toscano. — II. Il codice sardo del 1859. — III. La scienza penalistica dominante (Carrara). — C. IL CODICE ZANARDELLI. — I. La disciplina codicistica. — II. Le Teoriche della legittima difesa. — III. La crisi del concetto di legittima difesa come *moderamen*. — 1. L'importanza di essere onesto (Fioretti). — 2. Una risposta a Fioretti in difesa della concezione di Carrara (Leto). — 3. Dell'impossibilità di distinguere un provocatore da un aggressore (Impallomeni). — 4. La difesa legittima tra difesa impunita e questione sociale (Zerboglio). — 5. La Cassazione e gli *offendicula*. — 6. Il lavoro nobilita la proprietà (Stoppato). — 7. Manzini: tra la liceità degli *offendicula* e la « feroce avarizia » della proprietà. — 8. Il « diritto subiettivo di autodifesa » (Battaglini). — D. L'ATTACCO CONTRO LA « DELINQUENZA E LA MALAVITA » E LA LEGITTIMA DIFESA. — 1. La legittima difesa dalla « malavita » ovvero dalla « gente abietta » (Manzini). — 2. La lotta alla delinquenza per mezzo della legittima difesa (Battaglini). — E. L'OFFENSIVA ANTIDEMOCRATICA DELLO STATO FASCISTA. — I. Il progetto Rocco del 1927: il diritto a uccidere in legittima difesa. — II. Irritazioni e resistenze. — 1. Magistratura, università e ordini professionali. — 2. Lo scontro in Commissione ministeriale. — 3. *Excursus*: « Un manipolo di scrittori » ovvero: la « Rivista italiana di diritto penale » all'opera. — 4. La Commissione parlamentare. — 5. L'epilogo.

A. PROBLEMATIZZAZIONE.

Nel presente contributo verrà ricostruita molto selettivamente la disciplina della legittima difesa in Italia a tutela del patrimonio dal punto di vista genealogico, evidenziando l'importanza ai fini della comprensione degli attuali sviluppi della politica criminale

(*) Sono grato a Paolo Cappellini, a Pablo Eiroa e a Luigi Siciliano per avere letto e commentato una prima versione del testo. Dedico questo saggio a Luigi Lombardi Vallauri in occasione del suo 70° compleanno.

italiana della cesura rappresentata dal passaggio dalla disciplina del codice Zanardelli a quella del codice Rocco. Mentre il codice Zanardelli escludeva la legittima difesa a tutela dei beni e della proprietà, salvo che con l'aggressione ai beni si verificasse anche un pericolo per la persona, il codice Rocco ampliava la legittima difesa a tutti i beni, prevedendo una facoltà ovvero un diritto generale di difesa in capo all'agredito, fino all'uccisione dell'aggressore, purché sussistesse proporzione tra l'offesa e la 'difesa'. Due sono i passaggi che in particolare vengono messi a fuoco. Il primo è dato dallo spostamento nella dogmatica della legittima difesa dalla concezione della legittima difesa come coazione ovvero come diritto garantito in presenza di una « giusta necessità » (Carrara), fondata ricorrendo alla filosofia del diritto ovvero al diritto naturale, alla concezione di autori (Fioretti), che teorizzano un diritto alla legittima difesa basandosi sul metodo positivista dell'osservazione antropologica nonché la sua utilizzazione da parte della società e dello Stato a fini selettivi per combattere la 'delinquenza'. Il secondo, connesso a questo, è dato dall'imporsi come evidente e indiscutibile della categoria della 'delinquenza' o dei 'delinquenti', contrapposta a quella delle 'persone oneste' (Manzini, Battaglini). Tale spostamento si completa con la scienza penalistica fascista (Manzini, Rocco), che teorizza e propone l'ampliamento della legittima difesa e l'esclusione della proporzione tra il male minacciato e quello arrecato. La reazione di una parte del mondo giuridico italiano e soprattutto della Magistratura contro la riforma della legittima difesa proposta dalla penalistica fascista avrà come effetto la riduzione dell'impatto della « Rivoluzione Fascista » sull'istituto della legittima difesa sub specie del Codice Rocco del 1930.

B. LA 'ROBA' E LA VITA.

Due sono gli ordinamenti giuridici particolarmente rilevanti ai fini di una ricostruzione storica del mutamento di paradigma dell'istituto della legittima difesa nell'ordinamento giuridico italiano. Si tratta dell'ordinamento del Granducato toscano e di quello dello Stato sardo piemontese.

I. *Il Codice penale toscano.*

Il Codice penale toscano del 1853 non prevede esplicitamente una disciplina né speciale né tanto meno generale della legittima difesa distinta dalle altre cause o condizioni di non imputabilità. Il solo riferimento esplicito alla (legittima) difesa è dato dall'art. 339, che disciplina l'omicidio o la lesione personale commessa in 'eccesso di difesa':

« Chiunque, per sottrarsi da un pericolo, prodotto da forza maggiore, o per difendersi dall'altrui violenza, ha oltrepassato i limiti della necessità, è punito con la carcere *a)* da sei mesi a tre anni, se ha commesso omicidio; e *b)* fino a otto mesi, se ha commesso lesione personale grave o gravissima » ⁽¹⁾.

Esso va però considerato in connessione con la disposizione dell'art. 34 e con le disposizioni generali in tema di omicidio di cui all'art. 309. L'art. 309 stabilisce lapidariamente:

« § 1. — L'omicidio premeditato si punisce con la morte » ⁽²⁾.

Quanto alla 'difesa legittima' ovvero al 'moderamen inculpatae tutelae' come al 'motivo' che esclude la punibilità principalmente con riguardo all'art. 309, essa è prevista implicitamente all'art. 34, che disciplina in generale la non imputabilità del soggetto:

« Art. 34. — Le violazioni della legge penale non sono imputabili, quando chi le commise non ebbe coscienza dei suoi atti, e libertà di elezione ».

Nel suo commento al codice penale toscano Puccioni distingue sei categorie di soggetti ricompresi nel dettato della norma. La prima categoria sarebbe quella dei « mentecatti », dei « dementi », dei « furiosi, quia iudicio carent », che abbiano agito « nello stato di completa imbecillità, demenza e furore » ⁽³⁾; la seconda quella dei « dormienti » dei « sonnambuli, a condizione che non possa al-

⁽¹⁾ PUCCIONI, *Il Codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza*, Vol. IV (Art. 222-373), Pistoia 1855, p. 563. Cfr. C.F. GROSSO, voce *Legittima Difesa*, in: *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano 1974, p. 27 s.

⁽²⁾ PUCCIONI, *Il Codice penale*, cit., p. 454.

⁽³⁾ PUCCIONI, *Il Codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza*, Vol. I (Art. 1-41), Pistoia 1855, p. 305 s.

l'agente rimproverarsi grado alcuno di colpa » (4); la terza quella di coloro che sono « completamente ubriachi per ubriachezza furiosa o letargica, che abbia loro tolta affatto la ragione, a condizione che la ubriachezza sia involontaria o accidentale » (5); la quarta categoria sarebbe quella di « coloro che si trovano in stato di ignoranza o di errore di fatto involontario, invincibile ed essenziale ». A tali « individui » mancherebbe la « coscienza dei loro atti ». Quanto alle altre due categorie, quella degli « inviti » e dei « coatti », a esse si riferirebbe la disposizione laddove parla di mancanza di « libertà di elezione » e quindi della libertà di scelta e di azione. Gli « inviti » sarebbero coloro che « sono stati da una forza fisica, invincibile, ed insuperabile, costretti a delinquere, servendo di materiale istrumento alla malvagità altrui ». Quanto ai « coatti », questi sarebbero coloro « i quali hanno agito sotto la influenza di un timore grave di un male o superiore o eguale a quello prodotto dal delitto, timore motivato da causa ingiusta, improvviso, imprevedibile, presente e inevitabile ». All'interno della categoria dei « coatti », dei soggetti sottoposti a « coazione » Puccioni distingue ulteriormente tre categorie. La prima è data dal caso in cui « l'uomo oppresso da una forza maggiore irresistibile, indipendente dal fatto umano, che lo minaccia di un imminente pericolo, per sottrarsene, usa violenza ad altri sottoposti allo stesso pericolo, e che tentano nel medesimo modo di evitarlo, e vincendoli nella lotta, e facendoli vittime di quella forza maggiore, da essa egli scampa illeso a danno degli altri » (6). La seconda categoria si avrebbe « quando l'uomo minacciato di grave pericolo da altro uomo, onde sottrarsene, incontra in altri affatto innocenti della violenza impostagli, uno ostacolo allo scampo, e non ha altro modo di superarlo, che di sacrificare alla propria salvezza quell'innocente o innocenti » (7). Accanto a tali casi di uccisione di terzi « innocenti » v'è infine il terzo caso, il caso che qui interessa più da vicino, il caso della legittima difesa:

« Quando l'uomo ingiustamente aggredito reagisce contro l'ag-

(4) Ivi, p. 306.

(5) *Ibidem*.

(6) Ivi, p. 299.

(7) *Ibidem*.

gressore, e per salvarsi dal pericolo minacciatogli, imminente, irresistibile, se ne libera, procurando all'aggressore medesimo un male uguale ma non superiore a quello a cui sottostava per la fattagli minaccia » (8).

Importante criterio di limitazione dell'utilizzo della violenza è qui la relazione o proporzione tra il male minacciato e quello arrecato con la difesa. In particolare, il male arrecato non può essere superiore rispetto a quello minacciato. Il caso centrale è qui quello dell'aggressione alla vita:

« Colui che è minacciato di morte, e a quella minaccia presente ed inevitabile non può sottrarsi se non uccidendo il minacciante, sarà debitore di omicidio se ucciderà? » (9).

La vita è il necessario punto di riferimento per il giudizio di valore. Il principio generale di "bilanciamento" legittimante la difesa viene concretizzato alla luce del necessario parametro dato dalla vita umana, a cui vanno implicitamente riportati gli altri beni eventualmente difesi:

« La minaccia di un male maggiore o almeno uguale a quello in che consiste la violazione della legge penale, è necessaria per rendere l'azione coatta, e così non imputabile; infatti gli scrittori di diritto penale vogliono che il male minacciato che si è dal coatto voluto evitare, consista nella perdita della vita, nella mutilazione dei membri del corpo o in altre calamità annesse a dei *tormenti che sembrano più duri della stessa morte*, o che consista pur anche nella perdita della pudicizia, ritenuta da tutti come forse più pregevole della stessa vita » (10).

Dall'elenco dei beni difendibili vengono infine espressamente esclusi i beni patrimoniali e l'onore:

« gli scrittori di diritto penale [...] escludono poi quel male che consiste nella jattura della proprietà o della fama, perché è facile il recupero dell'una e dell'altra » (11).

Puccioni fa implicito riferimento all'argomento della facile ricu-

(8) Ivi, p. 300.

(9) *Ibidem*.

(10) Ivi, p. 303. Corsivo mio.

(11) *Ibidem*.

perabilità dei beni in altra parte del suo commento, laddove si occupa dell'omicidio doloso e in particolare della figura dell'« omicidio legittimo », sempre con riferimento speculare alla questione della « difesa dei beni e dell'onore »:

« Non così può la questione proposta risolversi in rapporto alla difesa dei beni e dell'onore. Nello stato attuale di civiltà può il cittadino provvedere alla propria tutela senza l'omicidio. Fa d'uopo che la difesa sia autorizzata oltre che dal pericolo della perdita dei beni, da quello della propria personale sicurezza, ed in questo senso a correzione della legge delle XII Tavole procede la *leg. 9 ff. ad leg. Corn. De sic.* » (12).

Le conclusioni cui Puccioni perviene non sono però indiscusse. Nel 1854 Mori aveva argomentato nel suo lavoro sul codice penale toscano in modo diametralmente opposto:

« Si è conteso, e si contende tuttora, se il moderame della incolpata tutela possa utilmente allegarsi da chi ha ucciso per difendere i beni. Se non che basta ricordarsi, che noi non disputiamo di peccati, ma di delitti, per esser persuasi, che anche i beni, purché sieno di un'importanza assoluta o relativa, proporzionata all'estensione della difesa, costituiscono un oggetto giuridico, che, senza penale responsabilità, può essere in certi casi assicurato, col sacrificio della vita dell'ingiusto aggressore: « Recte possidenti, AD DEFENDAM POSSESSIONEM, quam sine vitio tenebat, inculptatae tutelae moderatione illatam vim pulsare licet » (13).

Mori traccia qui la differenza tra peccati e delitti, tra ambito della religione e ambito del diritto penale, per privare di dignità o valore argomentativo la tesi di chi vorrebbe difendere il diritto alla vita del ladro. A questo argomento Mori ne aggiunge un altro ba-

(12) Ivi, Vol. IV, Pistoia 1857, Osservazioni generali sul Titolo VI, p. 440. Si veda anche dello stesso Puccioni il *Saggio di diritto penale teorico-pratico*, Firenze 1858, p. 67 s., in particolare p. 68: « [...] a unanime parere di tutti i buoni scrittori di diritto penale si vuole impedire ogni eccesso, riducendo la reazione alla sola ed assoluta necessità. Si escludono perciò dalla incolpata tutela gli attacchi alla reputazione ed alla fama, come quelli diretti contro le proprietà, perché gli uni e gli altri possono avere un pronto e sicuro riparo ».

(13) F.A. MORI, *Teorica del Codice penale toscano*, Firenze 1854, p. 264. Maiuscolo nel testo originale.

sato sulla effettiva difficoltà a recuperare per le vie legali la refurtiva:

« Né vale opporre, che la jattura dei beni è riparabile, in quanto i tribunali sono sempre disposti ad obbligare l'usurpatore a restituire il maltolto; perocché tutti sanno, quanto sia difficile in fatto convincere l'usurpatore, e quanto più difficile ancora ricuperare da lui le cose furtive » (14).

II. *Il codice sardo del 1859.*

Il codice sardo piemontese del 1859 provvede a disciplinare esplicitamente e in positivo la legittima difesa come causa che esclude la punibilità dell'omicidio o della lesione personale.

L'art. 558 stabilisce:

« Non vi è reato quando l'omicidio, le ferite o le percosse sono ordinate dalla legge o comandate dall'autorità legittima ».

L'art. 559 stabilisce:

« Non vi è reato quando l'omicidio, le ferite, o le percosse sono comandate dalla necessità attuale di legittima difesa di sé stesso o di altrui, od anche del pudore in atto di violento attentato ».

L'art. 560 aggiunge:

« Sono compresi nei casi di necessità attuale di legittima difesa i due seguenti:

1) Se l'omicidio, le ferite, le percosse abbiano avuto luogo nell'atto di respingere di notte tempo la scalata, la rottura di recinti, di muri, o di porte d'entrata in casa o nell'appartamento abitato o nelle loro dipendenze;

2) Se hanno avuto luogo nell'atto della difesa contro gli autori di furti o di saccheggio eseguiti con violenza verso le persone » (15).

L'art. 563 regola poi l'eccesso di difesa:

« L'omicidio commesso per eccesso nella difesa della vita o del pudore, o per eccesso nell'esercizio della forza pubblica, è punito

(14) Ivi, p. 265.

(15) Si veda Isidoro MEL (a cura di), *Il diritto penale positivo italiano illustrato per articoli a cura dell'avv. Isidoro Mel con la giurisprudenza pratica formatasi dal 1860 al 1885*, Napoli 1885, 221 s. Cfr. anche GROSSO, *Legittima difesa*, cit., p. 27.

col carcere. Colla stessa pena è punito l'omicidio che, per eccesso nella difesa, sia commesso di giorno nell'atto di respingere lo scalamiento o la rottura di recinti, muri, porte, finestre di una casa, o di un appartamento abitato, o di luoghi dipendenti da abitazione ».

Mentre l'art. 559 ammette in via generale la non imputabilità dell'agente con riferimento alla difesa della vita e dell'incolumità fisica (legittima difesa di se stesso o di altri), aggiungendo inoltre la difesa della « pudicizia »: dell'onore "sessuale" della donna minacciata di una violenza sessuale, l'art. 560 prevede alla prima ipotesi l'uccisione del 'fur nocturnus' e alla seconda ipotesi l'uccisione del ladro che, esercitando « violenza verso le persone » diviene di per sé un pericolo anche per l'incolumità fisica dell'agredito nella proprietà.

III. *La scienza penalistica dominante (Carrara).*

Nello stesso anno della promulgazione del Codice penale sardo Francesco Carrara apre il suo corso accademico presso l'Università di Pisa con la prolusione « diritto della difesa pubblica e privata »⁽¹⁶⁾. Là dove la difesa pubblica non arriva, e solo nella misura in cui la difesa pubblica non arriva, in implicita stretta sussidiarietà, vige secondo Carrara la « difesa privata ». Secondo Carrara « la legge di natura » avrebbe affidato « all'autorità sociale la difesa dell'ordine esterno »⁽¹⁷⁾. Sorgerebbe quindi il problema del conflitto tra tale « difesa dell'ordine esterno » affidata alla « autorità sociale », in breve: tra la « difesa pubblica » e la « difesa privata ». Carrara distingue qui tra due significati ovvero « idee » del termine « difesa », tra cui vi sarebbe « grandissima differenza »:

« Esprime la idea semplice del *riparo*, se si frapponga tra una cosa e gli esseri, o animati o inanimati, che potrebbero nuocerle. Così l'uomo coi panni *difende* il suo corpo dal freddo; con buoni serrami *difende* dai rapaci le proprie sostanze. Finché la *difesa pri-*

⁽¹⁶⁾ Francesco CARRARA, *Diritto della difesa pubblica e privata (Prolusione al corso accademico dell'anno 1859-1860)*, in: *Opuscoli di diritto criminale del Professore comm. Francesco Carrara*, quarta edizione, Vol. I, Prato 1885, p. 105 s.

⁽¹⁷⁾ *Ivi*, p. 133. Corsivo nel testo originale.

vata si estrinseca su cotesta linea di operazioni, nessuna collisione può sorgere tra lei e la *difesa pubblica*; e sarebbe assurdo impedire quella per rispetto di questa » (18).

Carrara va oltre:

« Ma la parola *difesa* esprime ancora una idea complessa. Quando l'uomo non la esercita soltanto sopra di sé o sopra le cose sue, ma agendo sopra la persona di altri o sopra le cose altrui, la *difesa* non rappresenta più la semplice idea di *riparo*, ma quella eziandio di *repulsa*. E questa azione ulteriore, ponendo la difesa in urto coi diritti di colui avverso il quale si esercita, non può illimitatamente concedersi; perché dalla giustizia sociale soltanto deve attendersi il regolamento dei rispettivi diritti degli uomini nello scontrarsi tra loro » (19).

Tramite la differenza *proprio/altrui* viene quindi tracciata la distinzione tra « riparo » e « ripulsa ». L'esigenza di "monopolio" della difesa pubblica non è però illimitata:

« Evvi però un confine oltre il quale codesta abolizione della difesa repulsiva dei privati deve cessare, perché deve tacere il diritto della pubblica difesa col sostituirvi la difesa privata. E questo limite viene segnato dalla *giusta necessità* » (20).

Che cosa sia da intendere per « giusta necessità » può essere compreso alla luce di quanto Carrara dice subito a seguire:

« Ogni qual volta il presidio della giustizia sociale sia tardo e impotente ad impedire il male che si minaccia, e la *difesa privata* può con *minor male* impedirla, altrettante volte risorge il diritto della *difesa privata*; e la necessità del momento porge al tempo medesimo la causa e la misura della legittimità dell'esercizio di lei » (21).

Carrara si confronta con le due fondazioni della legittima difesa ovvero del « diritto di propria difesa » dominanti al tempo. Si tratta del principio « della collisione degli uffici » e del principio « di perturbazione ». Carrara scrive:

(18) Ivi, p. 134. Corsivo nel testo originale.

(19) *Ibidem*. Corsivo nel testo originale.

(20) *Ibidem*. Corsivo mio.

(21) *Ibidem*. Corsivo nel testo originale.

« I pubblicisti si attenero più specialmente al primo; e nella collisione degli uffici ravvisarono la legittimità della privata difesa. L'aggredito ha diritto a uccidere l'aggressore, perché questi violando il dovere che aveva di rispettare l'altrui vita, ha perduto il diritto di mantenere rispettata la sua » (22).

Il principio della « collisione degli uffici » prevede il conflitto tra il dovere dell'aggressore di rispettare la vita dell'aggredito e quello speculare dell'aggredito di rispettare la vita dell'aggressore, risolto implicitamente con il ricorso alla differenza aggressore/aggredito. La vita dell'aggressore cede di fronte a quella dell'aggredito. Carrara ricorre qui a due argomenti per mettere in luce la inaccettabilità di tale fondazione sotto il profilo delle sue conseguenze giuridiche. Il primo è rappresentato da un controesempio:

« E ne verrebbe doversi dire legittimo l'atto con cui rubassi a chi aveva rubato a me, purché entro la misura del tolto; potendo io dire che colui violando il dovere di rispettare la roba mia, sciolse me dal dovere di rispettare la roba sua. Conseguenza non accettata, e non accettabile mai » (23).

Il secondo argomento evidenzia la difficoltà di inquadramento teorico all'interno della concezione della « collisione degli uffici » della difesa legittima nei confronti dell'aggressione di un « non imputabile »:

« [...] il principio della collisione degli uffici cessa affatto quando la difesa si eserciti con eccidio di un non imputabile: come nel caso dell'aggressione di un sonnambulo, di altro coatto, o di un pazzo. L'infelice demente che minaccia la mia vita, non viola dovere nessuno [...]. Ei dunque non può dirsi aver perduto il diritto alla vita sua: sicché desaparendo qui la collisione degli uffici, dovrebbe seguirne la cessazione della regola » (24).

Il terzo argomento si riferisce al caso del 'furto di necessità':

« Del pari, il principio della collisione degli uffici non si adatta al caso del furto commesso per estrema necessità di fame. I pubblicisti [...] dissero che la fame estrema in cui languiva quel misero

(22) *Ivi*, p. 137.

(23) *Ibidem*.

(24) CARRARA, *Diritto*, 137.

avea fatto cessare nell'altro il diritto di proprietà [...]. Asserzione arbitraria e fantastica: che avrebbe condotto all'assurdo di liberare dall'obbligo della restituzione, per quanto le sorti del famelico si fossero cangiate » (25).

Quanto al principio di « perturbazione », anch'esso non convince Carrara. Secondo tale principio verrebbe meno « la responsabilità penale della violazione costretta dalla necessità di evitare un grave pericolo, perché la presenza di quel pericolo eccita nella mente dell'uomo una tale perturbazione che lo rende incapace di frenare i suoi moti, e di sottoporli al dominio della ragione » (26). Contro tale concezione Carrara fornisce due argomenti. Il primo si riferisce agli effetti: si verrebbe « a dire *scusato* un fatto che tutti fin qui chiamarono *legittimo*. La perturbazione porta ad assolvere il coatto unicamente *ob miserationem humanae imbecillitatis*. Ora gran differenza intercede fra lo *scusare* un fatto, e il dirlo *legittimo*. Chi difende la sua vita contro un immeritato pericolo, sdegnava la parola di *scusa*. Egli ha la coscienza di esercitare un *diritto* » (27). Il secondo argomento è di tipo 'empirico' e intende ridurre ad assurdo il principio della « perturbazione ». Essa sarebbe uno stato d'animo che non colpisce tutti:

« [...] la supposta *perturbazione* dell'agredito può anche qualche volta non essere. Ed allora [...] ove un processo dimostri che l'agredito serbò in mezzo al pericolo tutta la serenità della mente, ed agì coi calcoli di lucido raziocinio; se il principio escusante è questo unico della *perturbazione*, dovrà punirsi costui! » (28).

A questo punto Carrara formula un'esigenza fondamentale:

« Bisogna dunque ammettere che possa darsi talvolta vera e propria violazione di un diritto altrui, senza che siavi luogo a punizione del violatore. E bisogna perciò rintracciare tutt'altro principio, che la supposta cessazione del diritto in chi fu passivo della violazione » (29).

In altri termini: si avrebbe una situazione di conflitto in cui: 1)

(25) Ivi, p. 138.

(26) Ivi, p. 141.

(27) Ivi, p. 142. Corsivo nel testo originale.

(28) Ivi, p. 142 s. Corsivo nel testo originale.

(29) Ivi, p. 139.

l'aggredito viola « il diritto altrui »; 2) il diritto altrui viene violato, ma non viene “perduto”; 3) La violazione del diritto altrui non costituisce una scusante, ma l'esercizio di un diritto. La soluzione data da Carrara è quella che vede « la cessazione del diritto di punire nell'autorità sociale ». Questo diritto verrebbe a confliggere con il « diritto di difesa privata » degli uomini. Resta da comprendere in quali casi si verifica tale conflitto. Qui può essere utile un passo in cui Carrara provvede a dare contenuto materiale al « *gius* di punire » grazie al concetto di « legge di natura »:

« Il *gius* di punire nella società emana dalla legge di natura. Ma la legge di natura ha dato all'uomo, più che il diritto, il dovere di conservare la propria esistenza. Questo è precetto della legge primitiva, come lo è l'associazione degli uomini, la loro subiezione ad un'autorità, e la forza coattiva in mano di questa pel mantenimento dell'ordine. I due precetti primitivi — precetto all'uomo della conservazione di sé stesso — subiezione dell'uomo a una pena qualora turbi l'ordine esterno — non possono non essere coordinati fra loro. Se sono coordinati, il secondo precetto non può essere derogativo del primo; mentre anzi ha questo con quello una esattissima convergenza, perché entrambi tendono alla conservazione dell'uomo. Dunque ove parla il primo precetto deve tacere il secondo » ⁽³⁰⁾.

In tal modo il criterio materiale per il 'coordinamento', oggi si direbbe per il 'bilanciamento' è dato dal principio di autoconservazione dell'uomo ovvero conservazione della vita, rispetto al quale il principio del « mantenimento dell'ordine » e del « *gius* di punire » stesso è finalizzato. La « contraddizione » tra il diritto alla vita garantito dalla legge di natura e il diritto a punire, anch'esso garantito dalla legge di natura, viene risolta dando la prevalenza al diritto alla vita dell'individuo:

« È impossibile che la legge di natura, la quale ha detto all'uomo non ti lasciare uccidere, abbia detto all'autorità, uccidi o punisci quell'uomo perché non si è lasciato uccidere. Dunque, quando l'uomo ha obbedito al precetto naturale della propria conservazione, senza che a lui possa farsi rimprovero o di colpa nelle

⁽³⁰⁾ Ivi, p. 143 s.

cagioni, o di eccesso nell'esercizio, non esiste più autorità che lo possa colpire, perché la legge di natura che ha dato all'autorità il diritto di punire non può contraddire sé stessa. Laonde con tutta esattezza si deve affermare che *il gius di punire è cessato* nell'autorità umana, rimpetto all'uomo che altro non ha fatto se non provvedere alla necessità della conservazione di una vita innocente »⁽³¹⁾.

Di fronte al dovere ovvero alla necessità di conservazione di una vita innocente e quindi di fronte ai "diritti dell'uomo" cede il "diritto dell'autorità" di punire. I "diritti dell'uomo" risultano in tal modo dal punto di vista discorsivo serbati e non oggetto di disposizione. Il diritto *alla vita* dell'agredito viene mantenuto e affermato. Quanto al diritto alla vita dell'aggressore, la sua soppressione viene neutralizzata ovvero occultata dal punto di vista discorsivo nel momento in cui a venir meno è il diritto dello Stato a punire. L'impressione è che tale costruzione, oltre che per i motivi esplicitamente adottati da Carrara contro la concezione del « conflitto di uffici », sia anche preferibile dal punto di vista dell'affermazione di principio dei "diritti umani" nella concezione di Carrara, rispetto all'altra che prevede, a fronte della affermazione del diritto alla vita dell'agredito, l'esplicito venir meno del diritto alla vita dell'aggressore e il mantenimento del « gius di punire » da parte della « autorità umana ». Prescindendo da ciò, resta che è la legge di natura e più precisamente il suo contenuto materiale a dare il tono del conflitto. A essere affermato paradigmaticamente è il diritto alla vita ovvero il diritto sorto dalla « necessità della conservazione di una vita innocente ». Carrara specifica quindi tale concezione per il caso della « incolpata difesa », il cui « principio della legittimità » sarebbe da ravvisarsi sempre « nella cessazione del *gius* di punire »:

« Infatti, tostoché la legge di ordine non viene a turbarsi con la impunità, non vi è più ragione di punire. Ora la legge di ordine con la impunità non si turba, quando il fatto fu impeditivo di maggior *disordine* [...]. Se avvenne che un diritto rimanesse violato, l'azione che lo violò non causò nel suo risultamento disturbo dell'ordine

(31) Ivi, p. 144. Corsivo nel testo originale.

quando fu necessaria ad impedire il sacrificio di un diritto *uguale* o *più importante* di quello violato »⁽³²⁾.

Il criterio per la soluzione del conflitto tra il « gius di punire » e il diritto aggredito è dato in definitiva dal rapporto valoriale o di importanza tra i diritti *degli uomini* in conflitto. Solo se il diritto dell'aggredito è di valore pari o superiore a quello dell'aggressore la difesa risulterà legittima. Carrara non specifica ulteriormente questo criterio con riferimento al caso della difesa mortale dei beni. Se però si ricollega il principio qui enunciato da Carrara a quanto da lui affermato nella specificazione del contenuto materiale della « legge di natura », si può sostenere che nella concezione di Carrara implicitamente non v'è spazio per la difesa mortale della proprietà. Solo la messa in pericolo dell'incolumità fisica ovvero della vita dell'aggredito possono dare luogo alla violazione del diritto alla vita del ladro ovvero del rapinatore e quindi far venir meno il 'diritto' dello Stato di punire.

Tale conclusione si lascia ulteriormente corroborare alla luce dell'analisi della concezione di Carrara sulla legittima difesa esposta nel Corso del 1867. Carrara individua tre requisiti in presenza dei quali « un atto violatore dei diritti altrui e materialmente contrario alla legge » possa considerarsi « legittimo ». Si tratta dei requisiti della « ingiustizia », della « gravità » e della « inevitabilità » del « male minacciato ». In particolare, con riferimento al requisito della « gravità », Carrara osserva:

« La gravità del male non deve cercarsi nell'assoluta verità, che può essere rimasta occulta all'aggredito; ma nella ragionata opinione dell'aggredito medesimo [...]. Si considera come *grave* il male che minaccia la *vita*, le *membra*, e la *puccizia*: non quello che attacca la *roba*: né quello che lede la *fama*; tranne rispetto ad una reazione *correlativa*. E sebbene il commento ufficiale del Codice Bavaro (art. 129 nota 1); il codice di Assia Harmstadt [*sic!*], e il codice Austriaco, ammettano come *causa dirimente* la difesa della proprietà, la comune dei dottori e dei legislatori le accordano soltanto una efficacia *minorante*, che ha la sua ragione nella giustizia dell'affetto motore: ma non mai, quando è isolata, le accordano

⁽³²⁾ Ivi, p. 147. Corsivo nel testo originale.

forza scriminatrice. Carmignani ha ridotto con molta esattezza scientifica il criterio della *gravità* del male alla sua *irreparabilità* ... e questa è la formula più vera così teoricamente come praticamente ... »⁽³³⁾.

Qui Carrara introduce il requisito della « gravità del male minacciato » nella legittima difesa. Questo viene poi a essere ulteriormente specificato, con riferimento a Carmignani, ricorrendo al concetto di « irreparabilità ». Carrara concretizza tale criterio escludendo espressamente la gravità del male consistente nell'aggressione alla « roba », ovvero ai beni materiali.

C. IL CODICE ZANARDELLI.

I. *La disciplina codicistica.*

Nel 1889 viene approvato il Codice Zanardelli. La difesa legittima è disciplinata ora nella parte generale sotto il titolo IV « Della imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono ». L'art. 49 co. 1 n. 2 sancisce in via generale:

« Non è punibile colui che ha commesso il fatto [...] per esservi stato costretto dalla necessità di respingere da sé o da altri una violenza attuale e ingiusta ».

L'art. 50 disciplina l'« eccesso scusabile »:

« Colui che, commettendo un fatto nelle circostanze prevedute nell'articolo precedente, ha ecceduto i limiti imposti [...] dalla necessità, è punito con la detenzione per un tempo non inferiore ai sei anni, ove la pena stabilita per il reato commesso sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il reato medesimo ridotto a misura non inferiore a un sesto e non superiore alla metà, sostituita la detenzione alla reclusione e l'interdizione temporanea dai pubblici uffici all'interdizione perpetua ».

Dal momento che la norma dell'art. 49 co. 1 n. 2 prevede

⁽³³⁾ F. CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale*, Vol. I, Lucca 1867, p. 173 s. Corsivo nel testo originale. Si vedano però le osservazioni di Carrara sul furto commesso nel « tempo notturno ». ID., *Programma del Corso di diritto criminale*, Vol. IV, 5^a ed., Prato 1889, p. 297 ss.

espressamente la sussistenza di una « violenza », l'aggressione contro i beni non è di per sé rilevante ai fini della sussistenza delle legittima difesa. Essa diviene invece rilevante se integra anche una minaccia per la integrità personale. Nel titolo IX « Dei delitti contro la persona » l'art. 376 prevede infatti per il caso dell'omicidio e delle lesioni personali quanto segue:

« Non è punibile colui che ha commesso alcuni dei fatti preveduti nei capi precedenti [si tratta dei capi intitolati "Dell'omicidio" e "Della lesione personale"] per esservi stato costretto dalla necessità:

1. di difendere i propri beni contro gli autori di alcuno dei fatti preveduti negli articoli 406, 407, 408 e 410, o dal saccheggio;

2. di respingere gli autori di scalata, rottura o incendio alla casa o ad altro edificio di abitazione o alle loro appartenenze, qualora ciò avvenga di notte; ovvero qualora la casa o l'edificio di abitazione o le loro appartenenze siano in luogo isolato, e vi sia fondato timore per la sicurezza personale di chi vi si trovi.

La pena è soltanto diminuita da un terzo alla metà, e alla reclusione è sostituita la detenzione, se vi sia eccesso nella difesa, nel caso indicato nel numero 1. del presente articolo; ovvero se il fatto sia commesso nell'atto di respingere gli autori di scalata, rottura o incendio alla casa o ad altro edificio di abitazione, o alle loro appartenenze, e non concorrano le condizioni previste nel numero 2 » ⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ L'art. 376 co. 1 n. 1 rinvia alle disposizioni disciplinanti la rapina, l'estorsione, il ricatto e il saccheggio. In particolare l'art. 406 recita: « Chiunque, con violenza o con minaccia di gravi danni imminenti alla persona o agli averi, costringe il detentore o altra persona presenti sul luogo del delitto a consegnare una cosa mobile o a soffrire che egli se ne impossessi, è punito con la reclusione da tre a dieci anni.

Alla stessa pena soggiace chiunque, nell'atto di impossessarsi della cosa mobile altrui o immediatamente dopo, usa contro la persona derubata o accorsa sul luogo del delitto la violenza o la minaccia suaccennata per commettere il fatto o per trasportare la cosa sottratta o per procurare la impunità di sé stesso o di un'altra persona che sia concorsa nel delitto.

Se la violenza sia diretta unicamente a strappare la cosa di mano o di dosso alla persona, il colpevole è punito con la reclusione da uno a cinque anni ».

L'art. 407 recita: « Chiunque, con violenza o con minaccia di gravi danni alla persona o agli averi, costringe taluno a consegnare, sottoscrivere o distruggere, in pregiu-

L'aggressione ai beni rileva se e in quanto essa integri anche un pericolo per la vita e l'incolumità fisica. Dietro la molteplicità delle ipotesi, delle fattispecie di cui all'art. 376 si intravede la sagoma del '*fur nocturnus*' del diritto romano e del diritto comune, del 'ladro' che si insinua nella casa di abitazione nottetempo. La sua attività è di per sé pericolosa. Potrebbe non trattarsi di un semplice ladro, ma di un assassino. Il rischio viene esternalizzato sull'intruso. Nel dubbio, il proprietario può ucciderlo.

II. *Le teoriche della legittima difesa.*

All'indomani della promulgazione del Codice penale nel terzo volume della sua opera a commento del Codice, al par. 2 dedicato alla legittima difesa, Giulio Crivellari, dopo aver lungamente trattato il « Diritto antico », le « opinioni dei pratici e dei più eminenti giureconsulti dei tempi andati » passando per Grozio e Pufendorf, sostiene che « gli elementi necessari alla esistenza del moderame di incolpata tutela », cioè della legittima difesa, potrebbero essere ridotti « sostanzialmente a due: *causa ingiusta, pericolo presente ed inevitabile* »⁽³⁵⁾. Crivellari vede sotto questo profilo una continuità con gli « scrittori moderni ». Questi non si sarebbero allontanati « da questi principii, sebbene li a[vessero] divisi e suddivisi ». Crivellari rende plausibile il suo assunto facendo riferimento alle concezioni di Pessina, Carrara e Puccioni. Secondo Pessina, sempre

dizio di sé o di altri, un atto che importi qualsiasi effetto giuridico, è punito con la reclusione da tre anni a dieci anni ».

L'art. 408 recita: « Quando alcuno dei fatti preveduti negli articoli precedenti sia commesso con minaccia nella vita a mano armata, o da più persone delle quali anche una sola sia palesemente armata, o da più persone travisate, ovvero se sia commesso mediante restrizione della libertà personale, la reclusione è da cinque a quindici anni ».

L'art. 410 recita: « Chiunque sequestra una persona per ottenere da essa o da altri, come prezzo della liberazione, danaro, cose o atti che importino qualsiasi effetto giuridico, a favore proprio o di altri da lui indicati, ancorché non consegua l'intento, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni ».

⁽³⁵⁾ G. CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia interpretato sulla scorta della dottrina, delle fonti, della legislazione comparata e della giurisprudenza*, Vol. Terzo (art. 31-60), Torino 1892, Art. 49, p. 506. Corsivo nell'originale.

nella ricostruzione di Crivellari, vi dovrebbe essere 1) una legittimità della difesa « nella sua cagione »; 2) la « *necessità* » dovrebbe essere « *attuale* » e 3) la « difesa » dovrebbe essere « indirizzata soltanto a respingere la ingiusta aggressione »⁽³⁶⁾. Quanto a Carrara, perché « al timore si accordi il potente effetto di rendere legittimo un atto violatore dei diritti altrui e materialmente contrario alla legge » egli richiederebbe « per regola *assoluta* » che il « male minacciato » presenti i requisiti della « ingiustizia », della « gravità », della « inevitabilità ». Il male minacciato in particolare verrebbe a essere considerato « inevitabile » ulteriormente qualora fosse « improvviso », « presente » nonché « assoluto ». Infine Puccioni richiederebbe la presenza del « timore di un male più grave, o eguale a quello inferito »; che questo male fosse « imprevedibile e improvviso »; che fosse inoltre « presente ed inevitabile »⁽³⁷⁾. Dopo la sua molto sintetica ricostruzione, Crivellari tira le conseguenze, riconducendo le tre concezioni esposte al minimo comune denominatore della concezione di Nicolini:

« In sostanza, la dottrina moderna è concorde con l'antica; vi sarà una diversità di linguaggio, uno sminuzzamento maggiore o minore, ma gli elementi della incolpata tutela non sono che questi, perspicuamente illustrati, come sempre, dal Nicolini: “Che la reazione sia comandata dalla *necessità* della difesa; cioè che la difesa sia *necessaria*; che la necessità della difesa sia *attuale*; che la difesa sia *legittima*” »⁽³⁸⁾.

Il primo requisito, il requisito della necessità, indicherebbe, secondo il Nicolini, cui Crivellari rimanda con approvazione, « la necessità della difesa propria ». Per « difesa propria » si intenderebbe « quel diritto [...] che viene direttamente ed immediatamente dalla propria conservazione, raccomandata dalla natura a ciascheduno »⁽³⁹⁾.

Sempre Crivellari prosegue:

« L'esercizio di questo diritto è tutto fisico, quando non si ha

⁽³⁶⁾ *Ibidem*. Corsivo nel testo originale.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 507. Su Puccioni vedi sopra B.), I.).

⁽³⁸⁾ *Ibidem*. Corsivo nel testo originale. Crivellari si rifà qui all'opera di NICOLINI, *Le questioni di diritto*, Napoli 1870.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*.

coscienza della causa che ci turba; urtati, riurtiamo; spinti, respingiamo la forza fisica che ci percuote. Quando però abbiamo coscienza dell'urto che ci si vuol fare, allora si eccita in noi naturalmente la reazione, ugualmente immediata ed indispensabile, ma effetto di calcolo e di ragione. Vi si mesce sempre la passione; ma il suo principio è che l'uomo, quando fa uso di questo diritto, e per esso viene alle ultime estremità, lo fa sempre non in tutto e per tutto macchinalmente, ma a disegno; e questo disegno non è di far male altrui, né di vendicarsi, né di punire alcuno, ma *solamente di conservare sé stesso e salvarsi la vita* » (40).

Qui Crivellari vede una sostanziale corrispondenza tra la concezione di Nicolini e quella di Carrara che richiede la « inevitabilità » del male minacciato:

« Se al male che ci minaccia potevamo sottrarci *altrimenti* che col violare la legge, la violazione deve rimanere imputabile, perché l'arbitrio dell'agente non era più ristretto fra la scelta di due mali ugualmente gravi; e la legge dell'ordine poteva essere osservata, purché egli eleggesse il mezzo innocente col quale avrebbe evitato e il danno proprio e l'altrui » (41).

Possibilità di osservare la legge e allo stesso tempo di mantenere il diritto minacciato sono, osserva Crivellari con nuovo esplicito rinvio a Carrara, gli « altri mezzi innocenti » come la « preghiera », la « acclamazione » o la « fuga ». In mancanza di una tale possibilità, il « male » viene a essere « assoluto ». A questo punto Crivellari richiede la presenza di due ulteriori requisiti. Il primo è dato dal fatto che i mezzi alternativi « fossero *realmente utili*, cioè efficaci alla salvezza » (42). Il secondo è dato dal fatto « che il calcolo sopra questa utilità *potesse* essere *istituito* dallo stesso aggredito [...] ». Il moderame deve sempre misurarsi secondo le *ragionevoli opinioni* di colui che si vide minacciato nella vita; non secondo ciò che con freddo calcolo e maturo esame si è conosciuto dal giudice » (43).

(40) *Ibidem*. Corsivo mio.

(41) Ivi, p. 507 s. Corsivo nel testo originale.

(42) Ivi, p. 508. Corsivo nel testo originale.

(43) *Ibidem*. Corsivo nel testo originale.

In sintesi: la difesa legittima è una scusante del comportamento in violazione della « legge dell'ordine », prevista in casi di necessità quasi « fisica », a tutela principalmente del diritto alla vita e all'incolumità fisica o personale dell'agredito, che agisce a livello dell'imputabilità, negandola. Il caso centrale è quello della conservazione della vita o della esistenza, a cui si aggiunge poi come strumentale quello della conservazione della incolumità fisica. Gli altri casi di difesa, in particolare di difesa del pudore vengono coperti se e in quanto siano riconducibili al principio sottostante alla legittima difesa. In un apposito paragrafo finale, seguendo la tradizione del diritto comune, Crivellari si chiede se « la eccezione del moderame di incolpata tutela de[bba] essere limitata soltanto alla aggressione contro la vita propria o di altrui » (44). Sulla scorta di argomentazioni ricavate dal diritto romano e dal diritto naturale di Grozio e Pufendorf Crivellari propende per l'allargamento dell'ambito della difesa, ricorrendo al concetto di « violenza »:

« Quella necessità adunque che costituisce tutta la legittimità della difesa della vita, si impone con tutta la sua forza anche nella ipotesi di un attentato *violento* al pudore » (45).

Un indicatore della stretta connessione tra il concetto di violenza e quello della vita o dell'esistenza nel discorso sulla difesa legittima è dato dal caso che Crivellari discute immediatamente a seguire: l'uccisione del marito che intende costringere la moglie a compiere « un atto contro natura a sfogo della propria libidine ». In questo caso Crivellari vuole riconoscere la esimente del moderame di incolpata tutela per la moglie. Dopo aver a lungo ricostruito con forti tinte morali il conflitto tra l'uomo e la donna uniti dal « contratto di matrimonio », e aver risolto in senso affermativo la questione della non imputabilità della « onesta fanciulla » che avesse ucciso il « marito reso brutto dal vizio » e che volesse « servirsi di lei come un mezzo per isfogare gli istinti animali » (46), Crivellari chiude la sua argomentazione in tal modo:

« Questo modo di sciogliere la questione parmi conforme ai

(44) Ivi, p. 515.

(45) Ivi, p. 516. Corsivo nel testo originale.

(46) *Ibidem*.

sommi principii del giure penale, e al rispetto che i legislatori ed i giudici devono avere per un diritto tanto prezioso quanto è prezioso il diritto all'esistenza, e non meno irreparabile della vita stessa; *irreparabilis tamquam vita* »⁽⁴⁷⁾.

In tal modo Crivellari marca come decisivi requisiti di somiglianza tra l'onore (della donna) e la vita accanto all'alto valore intrinseco ovvero alla « preziosità » l'ulteriore profilo della loro « irreparabilità » ovvero dell'impossibilità di « riparare » alla loro perdita. Una tale concezione copre dal punto di vista argomentativo la disciplina del Codice Zanardelli. All'art. 49 che disciplina in via generale la legittima difesa come « reazione necessaria » nei confronti di una « violenza attuale e ingiusta » e quindi esclude in via principale la tutela dei beni patrimoniali, perché l'aggressione nei loro confronti non costituisce « violenza », corrisponde come norma speciale l'art. 376 che disciplina i casi tipici di « violenza » nei confronti dei beni patrimoniali ovvero di aggressione ai beni patrimoniali che costituiscono anche una « violenza ». Come Crivellari osserva, la « dottrina moderna » ovvero implicitamente: le citate concezioni di Pessina, Carrara, Puccioni e Nicolini possono essere viste senza soluzione di continuità rispetto al « Diritto antico » ovvero all'istituto del « moderame di incolpata tutela »⁽⁴⁸⁾.

III. *La crisi del concetto di legittima difesa come moderamen.*

Il paradigma ovvero il discorso alla base della disciplina del Codice Zanardelli comincia ben presto a vacillare.

⁽⁴⁷⁾ Ivi, p. 517.

⁽⁴⁸⁾ Simile a quella di Crivellari è sotto questo profilo la concezione di Francesco Saverio Arabia. Secondo Arabia la nuova disposizione « è quello che dicevasi prima *moderamine inculpatae tutelae*, o legittima difesa, tanto che meglio sarebbe stato di riprodurre l'antichissima definizione. Ma se ciò non si è fatto per un quasi sistema che pare si siano imposto i compilatori del Nuovo Codice di allontanarsi per quanto si può dal linguaggio legale già ricevuto, credendo che così si aiuta l'intendimento dei giurati, l'articolo in sostanza riproduce il concetto dell'antica definizione ». F.S. ARABIA, *I Principii del diritto penale applicati al codice italiano*, Napoli 1891, p. 154.

1. *L'importanza di essere onesto (Fioretti).*

Nel 1886, cioè tre anni prima del completamento della lunga gestazione del Codice penale Zanardelli, Giulio Fioretti scrive una breve monografia che mette in discussione l'impianto della disciplina della legittima difesa prevista dal Codice penale sardo, ancora vigente, attaccando la concezione di Carrara, considerato all'epoca il più autorevole giurista penalista. Nell'Introduzione Fioretti posiziona il suo studio all'interno della concezione della Scuola positiva, nella scia di Lombroso, Ferri, Garofalo, in implicita contrapposizione con la "Scuola classica" ovvero principalmente con Carrara⁽⁴⁹⁾. Il suo obiettivo dichiarato è quello di « dimostrare come quella inconcepibile tenerezza della legge per il delinquente è

(49) G. FIORETTI, *Su la legittima difesa, studio di criminologia dell'avvocato Giulio Fioretti*, Torino 1886, 8. Il riferimento a Ferri è particolarmente indicativo. Già nel 1878, durante il lungo dibattito per la preparazione del Codice penale unitario, nella sua tesi di laurea Enrico Ferri aveva proposto in polemica con Carrara una concezione della difesa legittima come caso particolare di « collisione giuridica », assieme alla « minaccia », al « bisogno » e al « comando »: « Quando un individuo vede in imminente pericolo di violazione un suo diritto, senza che il potere sociale possa mettervi riparo, è naturale che egli stesso cerchi di difenderlo: se ciò non si può ottenere senza la lesione di un diritto di colui, che fu cagione di tale condizione anormale nei rapporti giuridici, è giusto che non se ne possa punire chi difende il proprio diritto, perché l'aggressore stesso fu la causa del proprio male e specialmente perché l'agente non è spinto da motivi illegittimi, antigiuridici. È violato l'ordine materiale, non l'ordine giuridico: giacché questo sarebbe stato, non solo in apparenza, ma anche in sostanza, turbato invece se l'aggressore avesse potuto compiere la sua azione ingiuriosa, violando il diritto dell'agredito.

Perché però l'uso della forza a difesa d'un proprio diritto dirima ogni imputabilità effettiva, è necessario il concorso di quattro condizioni: che l'attacco sia ingiusto — che vi sia il fine della difesa — che il nostro diritto non si possa difendere altrimenti — che tale difesa sia moderata. Il che si potrebbe dire in poche parole: che l'azione non provenga da motivi antigiuridici ».

E. FERRI, *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze 1878, 562. In particolare, con riferimento al requisito della 'moderazione' della difesa Ferri aveva proposto espressamente l'estensione della legittimità alla difesa di ogni diritto e in particolare del diritto di proprietà: « Ed a proposito della legittima difesa, giova osservare che quanto si disse finora vale non solo per il diritto alla vita, a cui ricorre in tali casi più facilmente il pensiero ed a cui taluni criminalisti a torto si limitano; ma vale per *qualsiasi* diritto. Date le condizioni che rendono legittima la difesa, qualunque sia il diritto alla cui conservazione si mira, manca sempre l'imputabilità effettiva, perché

spinta a tal segno, da favorirlo non soltanto nell'eccessiva mitigazione delle pene, ma anche, e con più flagrante assurdit , coi troppi ostacoli che si creano al privato nella difesa personale da un attacco violento e ingiusto alla propria integrit  fisica, morale ed economica » (50). Tale « aberrazione di sentimentalismo dottrinario » sarebbe stata potenziata ai fini della produzione di « tanti e gravi danni » dalla « deplorabile complicit  » fornita dai « precedenti storici del giure penale e dell'evoluzione dei sentimenti morali dell'Europa civile ». Si tratta di una denuncia dai toni moralmente accesi che marca tre elementi. Il primo elemento   costituito dalla « inconcepibile tenerezza » da parte della legge nei confronti del « delinquente » (51). Al posto della « mitezza delle pene » proposta da Beccaria e da coloro che si ispirano a lui, in breve: dalla cd. 'Scuola classica' vi   ora la « tenerezza », qualit  degli amanti non pi  positivamente attribuibile a un legislatore, che ha pur sempre a che fare con il « delinquente ». Tale tenerezza viene a essere definita come « inconcepibile » ovvero dal punto di vista della "logica"

ogni diritto  , come tale, esigibile e degno di rispetto, e, come tale, devesi quindi poter difendere da chi lo ha. Il ritenere, come taluni criminalisti fanno, che la legittima difesa dirima l'imputabilit  soltanto nel caso in cui l'agente difende la propria esistenza o, tutt'al pi , la propria integrit  delle membra od il proprio pudore, proviene, io credo, pi  che altro da un equivoco. Infatti la domanda che per solito vien fatta nel porre questa questione  : se sia lecito *uccidere* l'aggressore per difendere la propriet  o l'onore. — Messa cos , la controversia non pu  che decidersi negativamente, perch  di certo non sar  lecito il respingere un ladruncolo campestre, come spesso avviene, con una fucilata. Ma la questione vera consiste invece nel decidere se sia legittima la *difesa* e se essa quindi dirima sempre la imputabilit .   naturale allora che, pensando alla natura stessa del diritto, che non   veramente tale se non si pu  esigere e tutelare, si debba rispondere affermativamente, purch  sempre concorrano le condizioni gi  poste.

Quando il mio diritto di propriet , di libert  personale o di onore sia ingiustamente attaccato, ed io, non potendo evitarne in altro modo la violazione, lo difendo colla forza moderata, non vedo ragione perch  debba essere tenuto responsabile di avere legittimamente tutelato un diritto, che   altrettanto rispettabile ed esigibile quanto quello della vita o del pudore. Se vi sar  eccesso di difesa o difetto di moderame, io ne sar  imputabile; ma ci  non toglie che realmente la difesa di un qualsiasi diritto non sia, date le condizioni di legittimit , una causa dirimente la imputabilit  effettiva ». Ivi, 564 s. Corsivo nel testo originale.

(50) Ivi, p. 11.

(51) *Ibidem*.

della politica del diritto non sostenibile, non passibile di una plausibile giustificazione. Il secondo elemento è rappresentato dal « giure penale », ovvero dall'istituto della giuria popolare penale. Il terzo elemento è rappresentato dall'« evoluzione dei sentimenti morali dell'Europa civile »⁽⁵²⁾. La concezione di Fioretti evidenzia la necessità della presenza di uno Stato implicitamente abbastanza forte « da avocare a sé la punizione non solo delle pubbliche, ma anche delle private offese »⁽⁵³⁾. La connessione necessaria tra Stato, apparato punitivo e preventivo statale e legittima difesa, tra pubblico e privato, dà una nuova veste alla difesa legittima. Secondo Fioretti essa si presenterebbe « come una forma abbreviata del giudizio penale e della sua esecuzione [...]. L'individuo che agisce in istato di legittima difesa rappresenta uno strumento di difesa dal quale [*sic!*] la società s'avvale in un momento di pericolo imminente »⁽⁵⁴⁾. La conseguenza implicita in un tale assunto è che la legittima difesa diviene in tal modo un punto cruciale di passaggio per l'implementazione nel diritto statale moderno della politica criminale. Essa diviene anche necessariamente sempre “cosa pubblica”. E che tipo di politica criminale possa essere veicolata viene esemplificato da Fioretti immediatamente, con esplicito rinvio a Garofalo:

« Quando, col cadere in desuetudine la vendetta privata, cessa siffatta preoccupazione [di proteggere il colpevole dalla reazione della vittima, che intende appunto vendicarsi: D. S.], la difesa sociale si esercita dallo Stato principalmente col curare la eliminazione degli individui temibili, che col delitto han dato prova del loro pernicioso carattere. Allora soltanto possono cominciare ad essere presi in considerazione i motivi determinanti all'azione, allora soltanto può sorgere l'idea che chi da una ingiusta aggressione è posto nella stretta necessità di difendersi, non dimostra con ciò un carattere pernicioso e perciò non deve essere punito, anzi va lodato

⁽⁵²⁾ *Ibidem.*

⁽⁵³⁾ *Ivi*, p. 14.

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem.*

per la intimidazione che la sua vigorosa reazione può esercitare su altri male intenzionati » (55).

‘Come il giudice nei tuoi confronti, così io pure’. La “violenza” da cui difendersi, in modo simile al delitto, è sintomo, indicatore del « carattere pernicioso » degli « individui temibili ». In tal modo la legittima difesa, similmente alla pena comminata dal giudice in nome dello Stato in reazione al reato compiuto, provvede secondo Fioretti alla « eliminazione » dei « soggetti pericolosi », e quindi alla « evoluzione sociale ». Allo stesso tempo essa eserciterebbe una chiara funzione intimidatoria nei confronti della generalità ovvero più precisamente: dei potenziali delinquenti.

Nell’espone la sua concezione della legittima difesa Fioretti procede fondamentalmente a una ricostruzione storica, analizzando l’evoluzione ovvero l’interruzione dell’evoluzione dell’istituto della legittima difesa dal diritto romano fino al suo tempo. Oggetto di analisi sono fondamentalmente in successione 1) il diritto romano; 2) i diritti medioevali-germanici; 3) il diritto canonico; 4) le concezioni della dogmatica giuridica tedesca e italiana del XIX secolo e le relative codificazioni.

Con riferimento al diritto romano, Fioretti sostiene che i Romani avrebbero posseduto seppur *in nuce* una concezione della legittima difesa. Contro Zöpfl, che accuserebbe il diritto romano « di non aver saputo [...] formulare chiaramente una dottrina della legittima difesa », grazie alla distinzione tra *dottrina* e *formula* Fioretti “difende” la tradizione romana-latina. « I Romani non seppero formularlo chiaramente; ma riconobbero in tutta la sua estensione il diritto alla legittima difesa [...] » (56). Fioretti provvede quindi a rendere plausibile quanto da lui affermato ricostruendo una teoria o dottrina della legittima difesa alla luce delle XII Tavole e del Digesto nonché del « fondamento filosofico » della stessa. Quanto alla “parte dogmatica”, Fioretti ricostruisce, con riferimento a Geyer, i requisiti questa volta dell’« ingiustizia dell’aggressione », dell’« imminenza del pericolo »: « l’agredito deve essere posto in *dubio vi-*

(55) Ivi, p. 17.

(56) Ivi, p. 22.

tae discrimine » (57), nonché della « difficoltà (non l'impossibilità) di sfuggirvi altrimenti che con la morte o la ferita dell'aggressore » (58). Quindi Fioretti passa a ricostruire la « teorica » della « reazione » dell'agredito. Fioretti vede principalmente « due regole ». La prima « è quella di una certa proporzione di questa con l'aggressione sofferta ». Tale regola non sarebbe « mai espressa in un modo reciso, in una formula tecnica ». Questo sarebbe da ricondurre al fatto che essa « non fa che alludere ad un apprezzamento morale che sfugge ad ogni determinazione » (59):

« L'aggressione e la reazione dell'offeso possono manifestarsi in modi diversissimi, ed allora non è più possibile stabilire un rapporto matematicamente esatto fra cose assolutamente eterogenee. Le fonti vi alludono spesso con le espressioni *arma armis, vim vi repellere* o simili, ma si guardano bene dallo stabilire norme costanti e rigorose, che in siffatta materia sono o pericolose o del tutto inutili » (60).

La seconda regola riguarderebbe « la subitanità della reazione difensiva ». Quanto al « fondamento filosofico » del diritto romano, il suo « studio » risulta per Fioretti « non meno interessante » rispetto a quello della « parte dommatica » dello stesso. Partendo da un passo della Pro Milone di Cicerone e da una costituzione imperiale, Fioretti ricostruisce la legittima difesa come « una forma speciale di repressione del delitto, una specie di "sostitutivo penale" » (61). Fioretti si prefigura una possibile obiezione degli « odierni penalisti classici » secondo i quali i giuristi romani avrebbero riposto « in ben altri principii la ragione suprema dell'istituto della legittima difesa ». Essi non si sarebbero accontentati « di queste ragioni *utilitarie* ». La replica di Fioretti è illuminante:

« Ciò, in parte, è vero; ché neppure a quei giureconsulti mancava del tutto la mania di filosofare » (62).

Tramite l'uso dell'espressione stigmatizzante « mania di filoso-

(57) Ivi, 23.

(58) *Ibidem*. Corsivo nel testo originale.

(59) *Ibidem*.

(60) *Ibidem*. Corsivo nel testo originale.

(61) Ivi, p. 24.

(62) *Ibidem*.

fare » viene così attaccata la filosofia e chi nel campo del diritto penale ricorre alla filosofia del diritto, ovvero Carrara e in generale prima di lui e risalendo Carmignani, Beccaria e gli autori riconducibili al paradigma della cd. 'Scuola classica'. Fioretti posiziona così la sua lotta contro la 'Scuola classica' all'interno del diritto romano.

Fioretti spiega la concezione di Fiorentino, secondo il quale il diritto alla legittima difesa « aveva la sua ragione in una certa cognazione che la natura ha posto tra gli uomini » riconducendola con esplicito riferimento a Tylor al concetto di 'survival in culture':

« Essa è una reminiscenza di quei tempi in cui il diritto non era riconosciuto che fra i singoli membri delle tribù patriarcali, formate da discendenti da uno stipite comune, fra i quali realmente esisteva una *cognatio quaedam* [...]. Le aggressioni fra componenti di diverse tribù non avevano nulla di giuridico: erano semplici *fatti*, né giusti, né ingiusti » (63).

Fioretti individua nel diritto romano una dicotomia fondamentale tra « naturalis ratio » e « ius gentium », per poi provvedere a risolverla:

« [...] Io non sono tra coloro che vogliono ad ogni costo toglier via, disputando, le antinomie realmente esistenti nel Digesto e fra i giureconsulti romani in generale. Però credo che, in questo caso, quella apparente contraddizione fra i testi nasconda una profonda osservazione, che importa qui rilevare, per dimostrare come il concetto, che la filosofia positiva ha del diritto, non si allontana molto da quello che avevano i Romani. A quei giureconsulti era chiaro che, se il diritto di legittima difesa da una parte rampollava dalle necessità stesse della vita individuale [...], dall'altra parte, perché l'obbedire a siffatta necessità pigliasse forma e natura di un diritto, occorreva che esistesse la società umana, che sola può imprimere agli atti individuali un carattere giuridico » (64).

La conclusione è chiara:

« Rimanevano così perfettamente distinti i fattori antropologici dai fattori sociali del diritto » (65).

(63) Ivi, p. 25. Corsivo nel testo originale.

(64) Ivi, p. 25 s.

(65) Ivi, p. 26.

Con riferimento espresso ai giuristi romani e allo studioso di diritto romano Bynkershoek Fioretti osserva in definitiva come si debba « distinguere sempre più accuratamente l'elemento inconsciente, antropologico (*ius naturale*) dall'elemento cosciente, riflesso della legislazione (*ius gentium et civile*) »⁽⁶⁶⁾.

Una volta stabilita la continuità tra diritto romano e « filosofia positiva » ovvero “scienza del diritto penale positiva” tocca al « diritto germanico ». Qui Fioretti riprende espressamente le osservazioni del penalista di lingua tedesca Geyer, che accosterebbe il diritto alla legittima difesa al *Tödtungsrecht*, al diritto di uccisione della « legge Visigotica e Ostrogotica », in cui il fattore temporale ovvero « la subitanità » della difesa rispetto all'offesa giocherebbe un ruolo determinante:

« Se un uomo uccide un altro uomo, e l'uccisore è poi ucciso ai piedi del morto, nello stesso luogo o alla stessa ora, ch'egli rimanga dinanzi al suo misfatto — ovvero, se un uomo uccide un uomo, e sopravviene l'erede del morto, ferisce l'uccisore e lo distende esanime ai piedi del morto, allora rimanga uomo contro uomo, cioè soddisfatta l'una uccisione con l'altra »⁽⁶⁷⁾.

Mentre però Geyer negherebbe un'evoluzione dal *Tödtungsrecht* alla legittima difesa, Fioretti propende per la tesi affermativa. Fioretti assume un'opinione intermedia, e quindi implicitamente ragionevole e giusta, tra le posizioni di Geyer e Zöpfl, agganciandosi discorsivamente a un terzo autore di lingua tedesca, Levita. Secondo Levita infatti, « nelle limitazioni di questo diritto [del *Tödtungsrecht*], in alcune delle legislazioni germaniche, per determinare le condizioni alle quali può essere ucciso un uomo, quando non lo si può afferrare e ligare, è già manifesto il tentativo di determinare, di fronte alla vendetta privata, ciò che il diritto posteriore, più perfezionato, chiamò legittima difesa »⁽⁶⁸⁾. Accanto al *Tödtungsrecht* Fioretti ricorda poi altri tre importanti istituti: la « Scheinbuss » ovvero il « guidrigildo simbolico », la grazia concessa dal sovrano

⁽⁶⁶⁾ *Ibidem*. Corsivo nel testo originale.

⁽⁶⁷⁾ Ivi, p. 31. Corsivo nel testo originale.

⁽⁶⁸⁾ Levita, cit. da Fioretti (ivi, p. 32).

all'omicida ⁽⁶⁹⁾ e un istituto previsto dalla *Lex Henrici* consistente in tutta una serie di adempimenti di natura « formale » richiesti all'uccisore « *in vindictam vel se defendendo* » ⁽⁷⁰⁾.

Nella concezione di Fioretti la cesura nella 'evoluzione' dell'istituto della difesa legittima è rappresentata dal *moderamen inculpatae tutelae* del diritto canonico. Fioretti vede nello « stoicismo greco-romano » una componente importante della « morale cristiana ». Già esso avrebbe « istillato negli animi un aborrimento per tutto ciò che manifestasse commozione dell'animo o il predominio d'una passione qualsiasi » ⁽⁷¹⁾. Con il passaggio al cristianesimo la situazione sarebbe peggiorata:

« Il sentimento religioso cristiano fece tesoro di questi precedenti, rincarando ancora di più la dose. L'esercizio della legittima difesa sembrava un atto lesivo della carità pel prossimo. Così si arrestava, quasi sul punto di essere compiuta, la evoluzione felicemente iniziata e svolta nel diritto romano » ⁽⁷²⁾.

Fioretti tematizza idealtipicamente la morale cristiana medioevale nella figura dell'asceta:

« Per l'ascetico del medioevo, le calamità della vita formavano come i piuoli della scala con cui si ascende in paradiso. Il disprezzo poi dei beni della terra, la disistima in cui si teneva ogni atto che sembrasse effetto di mondana vanità, rendevano inconcepibile la legittima difesa dei beni e dell'onore, e a stento quella del pudore » ⁽⁷³⁾.

La critica della fonte principale del diritto canonico, il *Decre-*

⁽⁶⁹⁾ Ivi, p. 35.

⁽⁷⁰⁾ Ivi, p. 35 s. Egli avrebbe dovuto: « non toccar nulla delle cose che si trovarono appartenenti al morto »; porre l'ucciso « col capo volto all'oriente e i piedi all'occidente, distendendolo sullo scudo, ove ne avesse »; conficcare « in terra la lancia »; circondare il morto con le armi e impastoiare « lì presso » il suo cavallo. A questo punto sarebbe dovuto andare nella città più vicina « a denunciare il fatto alla prima persona che incontrasse ». Una simile disciplina sarebbe da ritrovare anche nello Specchio Sassone. In tali istituti Fioretti vede « un mezzo di accertare la verità ed una forma di procedura » che purtroppo sarebbero state perdute nella successiva disciplina della legittima difesa. Ivi, p. 36.

⁽⁷¹⁾ Ivi, p. 37.

⁽⁷²⁾ *Ibidem*.

⁽⁷³⁾ Ivi, p. 37 s.

tum Gratiani è chiara. Questo « per imitare il *Corpus iuris* » inizierebbe « con un esplicito riconoscimento del diritto di difesa ». Ma tale diritto, « riconosciuto solo in astratto », alla luce della « moltitudine di considerazioni e restrizioni » cui sarebbe stato soggetto, sarebbe stato ridotto « quasi a nulla ». Fioretti procede poi a « inchiodare » la disciplina della difesa legittima del diritto canonico al nome datale: « *moderamen inculpatae tutelae* »:

« Nulla vale meglio a caratterizzare il punto di vista dal quale il diritto canonico si colloca nelle sue disposizioni intorno alla legittima difesa, quanto il considerare il nome che esso ha dato a quella dottrina: *moderamen inculpatae tutelae*. Non si poteva con più evidenza accennare alla intenzione manifestissima di preoccuparsi molto più dei limiti da imporre che dei diritti da conferire all'agredito. Quel diritto gli sembrava avere tutto l'aspetto di un abuso, e l'ideale da raggiungere gli sembrava quello di ridurlo alle minime proporzioni possibili » (74).

In particolare Fioretti evidenzia come la « difesa dei beni » fosse « espressamente vietata, perché considerata come colpevole cosa, *pro conservandis vilibus rebus et transitoriis tam acriter in aliis exardescere* » (75). Fioretti passa quindi a criticare il diritto canonico come espressione della « carità cristiana »:

« La carità cristiana, nella sua continua espansione, mentre da una parte serviva a lenire gli animi esasperati dalle lunghe guerre, dalle crudeli invasioni, dalle insopportabili tirannidi, dall'altra, per troppo mansuefare gli individui, spegneva in essi ogni vigoroso sentimento giuridico, elevando il lasciarsi maltrattare e insultare impunemente a tipo ideale dell'umana virtù » (76).

La massima evangelica del 'porgere l'altra guancia' e il principio secondo cui la fuga sarebbe da preferirsi all'« opporre le armi all'aggressore » avrebbero avuto « altre volte una santa e nobile missione di pacificazione universale ». Esso non avrebbe però « mancato e non manc[herebbe] di far sentire i suoi danni, oggi che il sentimentalismo umanitario, dopo avere infiacchito il sentimento

(74) Ivi, p. 38.

(75) Ivi, p. 39. Corsivo nel testo originale.

(76) *Ibidem*.

giuridico individuale, risalendo sempre più su, ha finito con l'indebolire anche il magistero repressivo sociale » (77). Il diritto canonico avrebbe interrotto « la incipiente evoluzione » della « legittima difesa » dal diritto romano passando per il diritto germanico, nel momento in cui avrebbe fatto « discendere la legittima difesa dal grado di *diritto* a quello di delitto *scusato* » (78). Tale processo sarebbe stato accentuato dalle « tirannie tardo medioevali ». Queste avrebbero cercato « per intenti meramenti fiscali [...] di fare in modo che ogni atto compiuto dai loro sudditi desse luogo a processi ». Esse non si sarebbero « lascia[te] sfuggir[e] l'occasione di concedere, come grazia, una impunità che sarebbe spettata come diritto » (79). Questo spiegherebbe la posizione della difesa legittima all'interno della Carolina, come istituto che riconosce la legittima difesa solo con riferimento « alla persona dell'agredito » (80):

« Con la Carolina si chiude il ciclo di evoluzione dal quale è venuta fuori quella malaticcia dottrina della legittima difesa, a cui si informa, seguendo la francese, la legislazione nostra » (81).

In tal modo, passando per la *Constitutio Criminalis Carolina* e per la recezione della dottrina francese, Fioretti arriva all'attualità ovvero alla « malaticcia » o « poco sana » — e quindi implicitamente destinata a perire sotto la spinta della 'evoluzione' — dottrina dominante in Italia. A essa vengono contrapposte implicitamente le dottrine « saluberrime », ma « inascoltate » di autori come Carpzov. Questi avrebbe proposto, tramite una « inesatta interpretazione della Carolina », l'estensione della difesa « anche ai beni ». La tendenza implicitamente negativa rappresentata dalla disciplina della Carolina sarebbe poi stata rafforzata dalle « dottrine » dei « due Dioscuri del diritto naturale, Grozio e Pufendorf ».

Queste concezioni farebbero in un primo momento « larghe concessioni » all'agredito, per poi, sulla base della « legge evangelica » in Grozio e della « *lex civitatis* » in Pufendorf ridurre « a ben poca cosa le cose fatte ». In particolare entrambe le concezioni ne-

(77) Ivi, p. 39 s.

(78) Ivi, p. 42. Corsivo nel testo originale.

(79) *Ibidem*.

(80) Ivi, p. 43.

(81) *Ibidem*.

gherebbero il diritto a difendere i beni ed esigerebbero « l'impossibilità della fuga » (82). Fioretti individua così una dicotomia tra la concezione della difesa legittima come « un diritto naturale dell'uomo primitivo o un dettato della giustizia esplettrice » da una parte e le « necessità della vita sociale » e i « dettati della legge evangelica » dall'altra parte:

« Si creava così un'antitesi fra interesse individuale ed interesse sociale, fra legge umana e divina, che esisteva solo negli artificiali sistemi filosofici propugnati da quegli scrittori e che non poteva mancare di riuscire di sommo nocumento alla pratica » (83).

La « antitesi » viene ricondotta agli « artificiali sistemi filosofici » di Grozio e Pufendorf, implicitamente 'antenati' di Carrara e della 'Scuola classica'. Contro la tradizione del diritto canonico e di Grozio e Pufendorf ovvero del diritto naturale Fioretti fa valere la nuova dogmatica dei « popoli germanici », ovvero la dogmatica tedesca:

« Diradate le tenebre medio-evali, ripigliato con amore lo studio del passato, i popoli germanici hanno riannodato il processo evolutivo del loro diritto, che vedemmo interrotto a mezzo delle influenze del diritto canonico e del feudalismo » (84).

I « popoli germanici » ovvero i 'tedeschi' avrebbero ripreso a lavorare all'evoluzione del loro diritto. Ora per Fioretti tocca implicitamente ai 'popoli latini' ovvero agli italiani.

Proprio la dogmatica tedesca pone nella seconda metà del XIX secolo la domanda circa la natura dogmatica della legittima difesa:

« La questione grossa sta nel determinare se la legittima difesa sia un diritto ovvero una scusa più o meno piena del reato » (85).

Nella scia di Rudolf von Jhering, il civilista tedesco autore tra l'altro del noto « Der Kampf um's Recht », Fioretti scrive:

« Chi non vede che la legittima difesa altro non è che una delle forme della lotta contro il delitto? Essa rappresenta quella parte del magistero sociale di repressione che può essere senza pericolo la-

(82) Ivi, p. 44.

(83) Ivi, p. 45.

(84) *Ibidem*.

(85) Ivi, p. 46.

sciata alla iniziativa privata. E pure è proprio questo concetto così semplice ed evidente dell'indole di questo istituto, che più raramente si fa strada a traverso le nebulose disquisizioni dei filosofi del diritto. Oggi ancora è la teorica individuale, atomistica della legittima difesa, quella universalmente imperante. Quando nelle teorie di filosofia del diritto si trascura totalmente l'elemento sociale o utilitario, che dir si voglia, e tutte le costruzioni teoretiche si vogliono elevare coi soli materiali che può presentare la elucubrazione aprioristica delle ipotetiche facoltà individuali dell'uomo isolatamente considerato, la legittima difesa discende sempre al grado di mera scusante, e non è mai concepita come l'esercizio di un diritto »⁽⁸⁶⁾.

Grazie all'espressione « nebulose disquisizioni » Fioretti priva di valore argomentativo le concezioni dei « filosofi del diritto » che considerano gli individui *uti singuli* e quindi non 'vedono' ovvero neutralizzano dal punto di vista discorsivo e quindi normativo il ruolo decisivo della legittima difesa con riferimento allo Stato e alla società moderna. La filosofia del diritto non è luogo per la 'Politica criminale' e i 'filosofi del diritto' non sono i suoi araldi. Ne consegue per Fioretti una dogmatica del diritto penale debole da questo punto di vista, ovvero una dogmatica che, come nel caso di Carrara, nonostante la nuova semantica, la nuova considerazione della legittima difesa come un diritto, non si discosta di fatto dalla « mera scusante ».

In esplicita contrapposizione con la 'Scuola classica' e in particolare con l'autore di lingua tedesca Geyer, Fioretti riposiziona pena e legittima difesa con riferimento non più al passato, al delitto compiuto, ma al futuro, ai delitti da evitare, nel momento in cui, ricordando con Ferri che la pena « deve essere [...] semplicemente un mezzo di difesa sociale dei delitti futuri », evidenzia nella pena e nella legittima difesa il carattere comune della « temibilità, concreta e imminente nella legittima difesa, astratta e lontana nell'applicazione della pena »⁽⁸⁷⁾. In tal modo viene pensata la pena dalla

⁽⁸⁶⁾ Ivi, p. 47.

⁽⁸⁷⁾ Ivi, p. 52. Fioretti si riferisce qui all'opera di FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, 2^a ed., Bologna 1884.

legittima difesa e non viceversa. Dopo aver accennato alle concezioni di Kant, Fichte, Hegel, alla « dottrina hegeliana » di Hälschner, Levita, Berner e altri e soprattutto dopo aver criticato la concezione di von Buri, tutti autori di lingua tedesca, Fioretti può finalmente passare alla critica della concezione di Carrara della cd. « cessazione del diritto di punire » che a suo parere « [i]n Italia domin[erebbe] quasi esclusiva ». Fioretti inizia la sua argomentazione con una *captatio benevolentiae*:

« Senza dubbio, non poteva sfuggire alle mente vastissima del Carrara la necessità di sollevare la *legittima* difesa dal grado di mera *scusante* a quello di *diritto* » (88).

Qui Fioretti cita a mo' d'esempio il passo della *Dissertatione sulla difesa pubblica e privata* in cui Carrara teorizza il 'risorgere' della « difesa privata » nel caso in cui la « difesa pubblica » sia impossibilitata a intervenire e la difesa privata possa impedire « il male che si minaccia [...] con minor male » (89). Se Carrara si fosse « attenuto a questo principio » la sua concezione non sarebbe stata « molto difforme » da quella della « scuola criminale positiva ». Invece Carrara ha fatto dell'altro. Carrara, come si è visto sopra, ha cercato di fondare il diritto della legittima difesa facendone derivare il "principio" assieme al principio contrapposto del « gius di punire » dal diritto naturale conforme alla volontà divina. Esattamente a questo punto si innesta la critica fondamentale di Fioretti, che si ricollega alle sue osservazioni in tema di diritto canonico:

« Il Dio, al quale Carrara crede, naturalmente è il Dio della religione cristiana e [...] non può dettare che precetti di pazienza e sofferenza [...] e si colloca perciò da un punto di vista etico, dal quale è impossibile dedurre il diritto di legittima difesa, che poggia su di una concezione sana e robusta della vita, anzi che sulle aberrazioni ascetiche » (90).

Il colpo è fortissimo. *Si Deus daretur*, se Dio esistesse, la fondazione del *moderamen inculpatae tutelae* in forza della sua esistenza avrebbe valore morale, etico o religioso ma non rilevarebbe assolu-

(88) Ivi, p. 57. Corsivo nel testo originale.

(89) Carrara, cit. da Fioretti, *Ibidem*. Si veda sopra B.), III.).

(90) Ivi, p. 58.

tamente per l'ambito del diritto. Fioretti va oltre. L'ambito dell'etica, in cui viene risospinto Dio e quindi Carrara con la sua fondazione divina del *moderamen inculpatae tutelae* viene connotato in termini negativi come ambito di « aberrazioni ascetiche », a cui Fioretti contrappone l'ambito del diritto, connotato positivamente ed 'evoluzionariamente' come ambito della « concezione sana e robusta della vita ». Con esplicito riferimento a Kohler, Fioretti riconduce poi causalmente all'« idea cristiana » della legittima difesa il « completo assorbimento nel magistero repressivo di ogni iniziativa individuale di lotta contro il delitto ».

Fioretti passa poi al “cuore” della concezione di Carrara, al criterio di “bilanciamento” tra i diritti in conflitto nella legittima difesa, ovvero al coordinamento tra i « due precetti primitivi », il « precetto all'uomo della conservazione di sé stesso » e il « precetto » del « gius di punire » ovvero della « subiezione dell'uomo ad una pena qualora turbi l'ordine esterno ». Fioretti oppone qui a Carrara che non sarebbe determinato « quando è che l'uno [precetto] deve parlare, e quando l'altro tacere »⁽⁹¹⁾. La concezione di Carrara sarebbe « ancora più chiaramente » contraddittoria per quel che riguarda la collocazione dal punto di vista della dogmatica della legittima difesa. Come già sopra ricordato, Carrara utilizza il concetto di « coazione » nel senso di « costringimento che l'aspetto di un grave male imminente esercita sull'animo dell'uomo »⁽⁹²⁾. Fioretti intende infatti evidenziare una contraddizione tra la « volontà libera dell'agente » sottesa all'« esercizio di un diritto » e la coazione in cui si concreterebbe la legittima difesa secondo Carrara. Ma c'è un altro argomento che Fioretti fa valere. Anche qualificando la difesa legittima come un « diritto », Carrara sarebbe poi « costretto a ridurla in quegli stessi angustissimi limiti nei quali la confinano coloro che la reputano una mera scusante ». Fioretti formula quindi una critica con riguardo alle conseguenze, “relativa agli interessi”:

« Cosicché, in conclusione, tanto la dottrina della *coazione*, che indurrebbe nell'individuo il diritto a difendersi e nelle società la

⁽⁹¹⁾ Ivi, p. 60.

⁽⁹²⁾ Carrara, cit. da Fioretti, *Ibidem*.

cessazione di quello a punire, quanto la dottrina della perturbazione che non punisce *ob miserationem humanae imbecillitatis*, non sanno ammettere la difesa di ciò che non sia assolutamente irreparabile, escludendo così necessariamente quella dei beni, pretendono che l'aggressione non sia stata prevedibile, ed a voler conseguenti, debbono consacrare anche l'obbligo della fuga »⁽⁹³⁾.

Dopo aver analizzato e criticato le concezioni di due autori a lui vicini, Janka e Ferri, Fioretti propone la sua teoria positivista del diritto alla legittima difesa. Il primo passo è costituito dal tracciare una netta distinzione rispetto allo stato di necessità. Fioretti ricorda come Fichte « ben a ragione » ritenesse che l'impero del diritto cessasse qualora cessasse « [...] la possibilità della coesistenza delle persone »⁽⁹⁴⁾. Tale osservazione sarebbe « pienamente vera » per il caso dello stato di necessità e non varrebbe più per il caso della legittima difesa:

« nei casi di legittima difesa [...] la società ha grandissimo interesse a che sopravviva l'agredito, e che sia eliminato piuttosto un malfattore che una persona onesta. L'interesse dell'agredito coincide con l'interesse sociale. Il diritto in senso positivista è già sorto, perché esso consiste appunto nella coincidenza dell'interesse individuale col sociale »⁽⁹⁵⁾.

Si compie quindi la fusione tra interesse del singolo e interesse della società nella difesa dell'ordinamento giuridico statale. Singolo e società si confondono implicitamente insieme nello Stato. Mentre lo stato di necessità non indica alcuna temibilità dell'innocente che vi finisca, l'aggressione della legittima difesa è un indicatore della temibilità ovvero della pericolosità di chi dà luogo alla situazione di pericolo:

« Nel caso di legittima difesa [...] è avvenuto il fatto che rivela la temibilità dell'agente: l'aggressione ingiusta. Tutto ciò che tende ad eliminare assieme al pericolo per l'agredito, le forze criminose dell'aggressore, è fatto nell'interesse della società; chi respinge l'ingiusto aggressore compie un atto di *giustizia sociale*. La sua azione

⁽⁹³⁾ Ivi, p. 62. Corsivo nel testo originale.

⁽⁹⁴⁾ Ivi, p. 80.

⁽⁹⁵⁾ *Ibidem*.

è esercizio di un diritto, non meno che la pena inflitta dall'autorità sociale [...]. Quando il diritto di legittima difesa fosse stampato a grandi caratteri nei primi articoli del Codice penale, e non sepolto fra le scusanti dei reati contro le persone, la coscienza se ne diffonderebbe più largamente fra i cittadini di ogni condizione. Si liberebbe *l'uomo onesto* da ogni coazione psicologica che potesse indurre in lui il dubbio di subire una pena per essersi *virilmente* difeso » (96).

Uomo onesto è qui antropologicamente, essenzialmente, colui che si difende « virilmente », da maschio, cioè non « femminilmente ». Qui Fioretti, distinguendo dal punto di vista 'antropologico' sulla scia della teoria di Lombroso dell'uomo delinquente l'agredito dall'aggressore, aggiunge un ulteriore argomento a favore della sua teoria:

« [...] siccome è a presumere che l'agredito non sia un tipo di delinquente, nel senso antropologico della parola, è più probabile che il motivo di intimidazione che potrebbe contenersi in quel dubbio, agisca su di lui in modo da infiacchire la sua reazione. Perché è proprio negli animi onesti e nelle intelligenze superiori che al cieco impulso degli istinti si sostituiscono le determinazioni volitive dipendenti da una cerebrazione cosciente, in cui i vari motivi d'agire sono razionalmente compulsati. In esse la contropinta penale, resa più energica dal timore dell'onta che può derivare da un pubblico giudizio, non è una mera illusione di automorfismo psicologico del legislatore che proietta nel delinquente i proprii sentimenti e le proprie abitudini mentali. Qui la menoma minaccia di pena può produrre effetti dannosissimi all'individuo e alla società » (97).

In tal modo vengono contrapposti da una parte lo 'uomo onesto', 'l'intelligenza superiore', la 'razionale volizione' e dall'altra parte lo 'uomo delinquente', la 'intelligenza inferiore', la volizione non razionale, inferiore, che va a posizionarsi tra quella dell'uomo (onesto) e dell'animale. Il « legislatore » stesso viene posizionato dal punto di vista discorsivo "naturalmente" dalla parte dell'uomo

(96) Ivi, p. 81. Corsivo nel testo originale.

(97) Ivi, p. 81 s.

onesto. Esso è, nella descrizione di Fioretti, implicitamente la personificazione dell'«uomo onesto» che cade in una «illusione di automorfismo psicologico» e proietta nel «delinquente» i suoi schemi sentimentali e mentali, del tutto eterogenei rispetto a quelli del «delinquente». Secondo Fioretti quindi l'influsso, la capacità di determinazione della minaccia della pena è qualitativamente maggiore nel caso dell'«uomo onesto» rispetto al caso dell'«uomo delinquente». Implicitamente questo significa che per ottenere lo stesso effetto dissuasivo basterà per il caso dell'«uomo onesto» una quantità di pena che invece sarà del tutto insufficiente per il caso del «delinquente». Con le parole di Fioretti: la «controspinta penale» per il caso del «delinquente» è una «mera illusione». Implicitamente: data la minore efficacia, i mezzi per prevenire il comportamento delittuoso del delinquente dovranno essere più forti o d'altro genere:

«Posto che nella ristretta mente dell'uomo delinquente soltanto la tema di quelle minacce che sono d'imminente e sicura attuazione, lo rattenga dal realizzare i suoi propositi, appare evidentissimo come il timore della resistenza che il malfattore potrà incontrare nell'agredito, debba essere uno dei principali fattori di intimidazione. Che sarebbe se il grassatore nulla avesse a temere dal viandante, se l'omicida nulla avesse a temere dal ferito, il ladro nulla dal derubato? In questo caso la maestà e l'efficacia del magistero repressivo sarebbero ridotte a ben poca cosa»⁽⁹⁸⁾.

In tal modo viene giustificata da un punto di vista teorico la forte reazione dell'agredito. È perché di regola, di norma dalla parte dell'aggressore si trovano gli «uomini delinquenti», i «delinquenti» e dalla parte dell'agredito gli «uomini onesti», ovvero gli «onesti» che si giustifica dal punto di vista della difesa sociale e individuale il rafforzamento del diritto alla legittima difesa. Fioretti opera così uno spostamento dal punto di vista normativo del rischio della legittima difesa dall'agredito all'aggressore. Il diritto soggettivo dell'agredito e il diritto della società sono tutt'uno nell'esercizio in nome e per conto della società del diritto alla legittima difesa contro l'aggressore.

⁽⁹⁸⁾ Ivi, p. 83.

A questo punto Fioretti formula due « criteri direttivi » per una concezione della legittima difesa « informata positivamente ». Il primo criterio è costituito dallo « interesse alla conservazione dell'integrità personale dell'*individuo onesto* »⁽⁹⁹⁾. Il secondo dallo « interesse della repressione o eliminazione dell'attività criminosa che si manifesta nell'ingiustizia dell'aggressione »⁽¹⁰⁰⁾. Con riferimento al primo criterio, Fioretti introduce da una parte un limite minimo alla rilevanza degli interessi. Una reazione in presenza di un interesse di valore inferiore « svelerebbe nell'agredito un'indole criminosa ed imprimerebbe un carattere di reità alla sua azione »⁽¹⁰¹⁾. Qui Fioretti rinvia in generale alla elaborazione del diritto romano sulla « proporzione fra aggressione e repulsione ». Dall'altra parte Fioretti introduce una differenza di carattere sociale ed economico:

« Si dovrebbe poi imporre al giudice di tener conto della diversa posizione sociale ed economica dell'agredito per poter giudicare della gravità del pericolo da lui corso. Perché le diversità di condizione sociale implicano una diversità di condizioni di esistenza fisica e morale; ora siccome i diritti individuali rappresentano appunto le condizioni di esistenza fisica e morale che la società garantisce ai suoi membri, in corrispettivo della funzione sociale che essi compiono, anche la personalità giuridica va soggetta a delle variazioni individuali molteplici e profonde, che i giuristi metafisici neppure si sognano di riconoscere »⁽¹⁰²⁾.

Con esplicito riferimento a von Jhering Fioretti tematizza le situazioni idealtipiche dell'*ufficiale*, del *mercante*, del *contadino*. L'ufficiale dovrebbe difendere in quanto ufficiale con forza il suo onore, il contadino invece che l'onore la proprietà e il mercante invece che onore e proprietà il proprio credito⁽¹⁰³⁾. Detto con la moderna teoria dei sistemi di Luhmann: ogni sistema ha il suo codice particolare. Il principio che starebbe alla base secondo Jhering sarebbe che « ogni individuo onesto difende nel proprio diritto le

⁽⁹⁹⁾ Ivi, p. 84. Corsivo mio.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰²⁾ Ivi, p. 84 s.

⁽¹⁰³⁾ Ivi, p. 85 s.

condizioni etiche dell'esistenza sua [...] »⁽¹⁰⁴⁾. Qui Fioretti “completa” il pensiero di von Jhering aggiungendovi l'importante inciso « [...] e dell'intera classe alla quale appartiene »⁽¹⁰⁵⁾. In tal modo viene a rilevare nella legittima difesa anche la « condizione sociale ed economica » dell'agredito. Nella formulazione di Fioretti:

« nel determinare se debba o non riconoscersi in un atto lesivo d'altrui l'esercizio del diritto di legittima difesa, bisogna tener conto della condizione sociale ed economica dell'agredito per determinare se fra il pericolo corso e la reazione apposta (sic!) sia interceduta una normale e ragionevole proporzione »⁽¹⁰⁶⁾.

Un criterio importante e da non trascurare è per Fioretti quello della « ingiustizia dell'aggressione »:

« [...] tutto ciò che tende ad eliminare assieme al pericolo per l'agredito, le forze criminose dell'aggressore, è fatto nell'interesse della società; chi respinge l'ingiusto aggressore compie un *atto di giustizia sociale*. La sua azione è esercizio di un diritto, non meno che la pena inflitta dall'autorità sociale [...]. Nel nostro Codice [il Codice Sardo del 1859] può questionarsi, se sia da concedersi la legittima difesa al ladro posto in pericolo di vita dal derubato, se la si debba concedere contro l'eccesso di difesa, o al drudo colto dal marito in flagrante adulterio. La difesa legittima è ridotta a una specie di conteggio tra agredito e aggressore; ad ogni piccola quantità di eccesso da una parte corrisponde un po' di legittima difesa dall'altra. Tutte queste difficoltà scompaiono quando invece di considerarla come una causa dirimente l'imputabilità, la si considera come l'esercizio di un diritto. L'aggressione ingiusta ha fatto scomparire fin dal primo momento la possibilità dell'esistenza di questo diritto nell'aggressore; perché la società non può avere interesse a che un malfattore conservi la sua vita. Allora la possibilità della esistenza di quel diritto rimane soltanto nella persona dell'agredito; se questi, a sua volta, nel respingere l'aggressione non dimostra i caratteri che distinguono l'uomo onesto, ma quelli che

⁽¹⁰⁴⁾ Ivi, p. 86.

⁽¹⁰⁵⁾ Ivi, p. 86.

⁽¹⁰⁶⁾ Ivi, p. 87. Corsivo nel testo originale.

classificano il delinquente, vuol dire che di legittima difesa non si parlerà più, né per l'uno né per l'altro »⁽¹⁰⁷⁾.

La differenza tra la 'vita del malfattore' e la 'vita dell'agredito' viene data qui discorsivamente dalla « società » ovvero dalla mancanza dell'interesse in essa alla conservazione della vita del « malfattore ». In sintesi: l'accertamento della sussistenza della legittima difesa passa per due fasi. La prima fase è data dall'accertamento della « aggressione ingiusta ». L'aggressione ingiusta è indicatore ovvero condizione necessaria e sufficiente della temibilità dell'individuo, del suo essere un delinquente. In seguito a essa, ecco la conseguenza forte dal punto di vista normativo, l'aggressore vede venir meno il suo diritto e in particolare, stando all'esempio dato da Fioretti — che deve potersi ritenere centrale —, il suo diritto alla vita. Dal punto di vista giuridico egli non ha più diritto a non essere ucciso. Poi — ecco il secondo passaggio — tocca alla posizione dell'agredito. La reazione dell'agredito non dovrà essere a sua volta indicatrice di « temibilità », non dovrà appalesare « l'uomo delinquente ». Qui l'indicatore è dato dalla proporzione tra la difesa e l'offesa. In caso contrario, la difesa dell'agredito non sarà riconosciuta come legittima e l'agredito verrà punito. Per valutare la posizione dell'agredito si ricorrerà inoltre, lo ricorda espressamente Fioretti, alle sue condizioni economiche e sociali. È interessante osservare che Fioretti non dice nulla sulle 'condizioni sociali ed economiche » dell'aggressore. Queste vengono trascese ovvero neutralizzate nel requisito della « aggressione ingiusta ».

Dopo aver tratteggiato in generale i contorni del diritto alla difesa legittima, Fioretti passa alla *vexata quaestio* della difesa dei beni. Essa sarà legittima qualora il « il furto rappresenti una perdita sensibile per il proprietario ». Un'esemplificazione è data dalla difesa del fondo da parte del contadino:

« La pratica dimostra quanto sieno inutili le proibizioni della legge per le schioppettate tirate al tempo del raccolto contro coloro che si intromettono nei fondi allo scopo di rubarne i frutti. La proprietà rustica è molto più della proprietà mobiliare ed urbana esposta al furto, e bisogna necessariamente concedere al proprietario

(107) Ivi, p. 81, p. 87 s. Corsivo nel testo originale.

maggiori diritti per la difesa dei suoi beni [...]. Un contadino che tira una schioppettata a chi, malgrado l'avviso avutone, si ostina a voler penetrare nella proprietà altrui, non dimostra nessuna anomalia di carattere che possa autorizzarci a reputarlo un delinquente. Una simile facoltà si concede alle sentinelle, e talvolta, per motivi futilissimi, e con pericolo gravissimo dei passanti [...] »⁽¹⁰⁸⁾.

Ulteriori elementi rilevanti sono la recidiva specifica, la provocazione e l'omessa denuncia, tutti elementi che con varia intensità mettono in discussione od escludono la legittimità della difesa, in quanto indici di temibilità o pericolosità.

Una volta tratteggiata la sua concezione della legittima difesa, Fioretti passa a criticare la disciplina vigente all'epoca, ancora quella del Codice sardo del 1859 nonché quella del Progetto Savelli del 1885. A tal fine Fioretti mobilita le creazioni legislative, le emergenze storiche sintomatiche di un'evoluzione dell'istituto della difesa legittima verso il « diritto » alla legittima difesa. Così Fioretti tematizza il « risveglio » del Codice Austriaco del 1803 e soprattutto la disciplina del Codice Bavarese del 1813 e dei seguenti « codici germanici », implicito portato dello spirito dei « popoli germanici » nonché le discipline di altri Paesi, dall'Ungheria all'Olanda fino al Brasile. A esse contrappone « il Codice francese e il suo satellite l'Italiano [...] con le rancide teoriche del *moderamen inculpatae tutelae* ». L'implicito messaggio è quindi quello dell'indipendenza culturale e giuridica dalla Francia e dalla tradizione canonica e francese del *moderamen inculpatae tutelae* con l'invito, altrettanto implicito, se non a entrare nell'orbita, almeno a seguire assieme ai « popoli germanici » l'evoluzione del diritto del proprio popolo, riacciandosi alla tradizione del diritto romano, a sentire Fioretti purtroppo interrotta.

2. *Una risposta a Fioretti in difesa della concezione di Carrara (Leto).*

Nel 1888 Gaspare Leto pubblica il suo volume sulla legittima

⁽¹⁰⁸⁾ Ivi, p. 90 s.

difesa ⁽¹⁰⁹⁾. In esso vengono sviluppati più argomenti contro la critica di Fioretti. I principali riguardano la difesa della concezione di Carrara 1) dall'accusa di contraddizione dal punto di vista sistematico tra la concezione della legittima difesa come diritto e allo stesso tempo come coazione e 2) dall'accusa di tratteggiare tale « diritto » in realtà come una « scusa » quanto alle conseguenze giuridiche, soprattutto richiedendo il requisito della irreparabilità del male minacciato, escludendo così la difesa dei beni ⁽¹¹⁰⁾. A essi Leto aggiunge una critica del nuovo paradigma proposto da Fioretti. Di particolare interesse mi sembra in questo contesto la critica di Leto alla *pars construens* di Fioretti. A questo argomento mi limiterò qui di seguito.

Il fuoco della critica di Leto si dirige sul concetto di « ingiusta aggressione » e sul suo ruolo fondativo all'interno della concezione di Fioretti. Secondo Fioretti, questa volta nella ricostruzione di Leto, il « fondamento al diritto della difesa » andrebbe cercato nell'interesse della società a « che sopravviva l'agredito e che sia eliminato piuttosto un malfattore che una *persona onesta*. L'interesse dell'agredito coincide con l'interesse sociale » ⁽¹¹¹⁾.

Due sono gli argomenti fatti valere da Leto. Il primo rinvia a una supposta contraddizione di Fioretti, che vorrebbe veder garantita ad aggressore e agredito il diritto alla vita, per poi sacrificare il diritto alla vita dell'aggressore 'disonesto'. Come abbiamo visto sopra, Fioretti contesta nella concezione di Carrara l'impossibilità di individuare qualcosa di ulteriore rispetto alla « necessità » per scegliere tra i due diritti alla vita in conflitto nella legittima difesa. Leto gli obietta qui implicitamente, con le parole di Nicolini, che all'interno della concezione di Carrara un criterio, ovvero implicitamente: quello della 'ingiusta aggressione' è dato:

« Quando altri vuol toglierci *la vita*, e non rimanga altro mezzo

⁽¹⁰⁹⁾ G. LETO, *Di una recente critica alla teorica del Carrara sulla legittima difesa*, Palermo 1888.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. rispettivamente LETO, Ivi, p. 24 s.; p. 28 s.

⁽¹¹¹⁾ Ivi, p. 47. Corsivo nel testo originale. Cfr. sopra III.), 1.).

per garentirci dal presente pericolo che di togliergli la sua, allora egli viola il suo dovere, ed io ritengo intero il mio diritto » (112).

La vita dell'agredito prevale sulla *vita* dell'aggressore in forza dell'aggressione alla vita. Questo viene poi ulteriormente concretizzato con riferimento alla concezione di Cianci, questa volta tematizzando una sorta di rinuncia al diritto implicita nell'aggressione. Secondo Cianci, nella ricostruzione fattane da Leto, l'« ingiusto aggressore » avrebbe infatti reso « spontaneamente violabile il proprio diritto, rendendolo inferiore a quello dell'agredito » (113).

Il secondo argomento si pone invece da un punto di vista immanente, da un punto di vista interno rispetto alla concezione di Fioretti:

« Ammetto per un momento, in linea di semplice ipotesi, che il diritto consista nella coincidenza dell'interesse individuale col sociale [...] è poi vero che nel caso di ingiusta aggressione si abbia *sempre* questa coincidenza d'interessi? [...]. Perché il ragionamento del nostro A. lasciasse salva almeno la logica, bisognerebbe dimostrare che l'agredito è sempre una persona *onesta*, donde, ammesso *per poco* che la società abbia sempre interesse alla conservazione delle persone oneste, l'interesse di questa alla conservazione dell'agredito » (114).

A questo punto Leto prova a mettere in crisi, a “decostruire” la concezione di Fioretti. Due sono gli argomenti che Leto fa valere. Il *primo argomento* tematizza la situazione del conflitto tra aggressore e agredito a prescindere dalle loro qualità:

« ma è poi vero che l'agredito sia sempre una persona onesta? Ma dov'è detto che non possano essere aggredite le persone disoneste? Non può un birbaccione matricolato, un reduce dalle patrie galere, esser fatto segno di un'aggressione, trovarsi *in summo discrimine vitae* [...]? » (115).

Leto cerca di spostare il momento di connotazione della coppia aggressore/agredito tramite i predicati onesto/disonesto dall'at-

(112) Ivi, p. 48. Corsivo mio.

(113) Ivi, p. 48. Corsivo nel testo originale. Leto si riferisce qui al contributo di N. CIANCI dal titolo *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *Rivista penale*, XX, 1884, 305 s.

(114) Ivi, p. 48 s. Corsivo nel testo originale.

(115) Ivi, p. 49. Corsivo nel testo originale.

tacco, dall'aggressione ingiusta, che di per sé in generale nella concezione di Fioretti è decisiva, ad altri fatti riferibili ai soggetti messi in collegamento tra di loro dall'aggressione ingiusta. Mentre per Fioretti è l'aggressione ingiusta a fare l'individuo che è aggredito *onesto* e quello che aggredisce *disonesto* ovvero *delinquente*, per Leto vi è un'aggressione ingiusta che mette in collegamento tra di loro individui che possono essere *onesti* o *disonesti/delinquenti* indipendentemente dall'aggressione stessa. L'effetto di stigmatizzazione dato dall'aggressione viene depotenziato ovvero 'bilanciato' dalla connotazione di *onestà//disonestà/delinquenza* alla luce di altri indicatori. Leto esamina quindi le conseguenze della concezione di Fioretti. Leto distingue fundamentalmente almeno due ipotesi: 1) L'aggressione di un individuo (implicitamente onesto) a danno di un individuo *disonesto* nonché 2) l'aggressione da parte di un individuo *disonesto* a danno di un individuo anch'egli *disonesto*. Nel primo caso secondo Leto « l'interesse della società coinciderà con quello dell'aggressore, anziché con quello dell'aggredito »:

« Ora, dato il caso di un'aggressione consumata in danno di persona disonesta, o come tale ritenuta, che vale lo stesso, se il diritto della nostra difesa si fonda sull'interesse che ha la società a che ci difendiamo, ne procede che questa, lungi dall'aver interesse a che l'aggredito esca illeso dalla lotta in cui si trova impegnato, ha invece tutto l'interesse che cada sotto i colpi dell'aggressore, perché così si libererà prontamente da un ribaldo sperimentato, quando tale può non essere l'aggressore » ⁽¹¹⁶⁾.

Nel secondo caso invece l'« interesse della società [...] non coinciderà con quello di alcuno dei due »:

« Che se poi l'aggredito sia tanto ribaldo quanto l'aggressore, l'interesse della società sarà che essi si scannino l'un l'altro, onde toglierle così l'incomodo speditamente » ⁽¹¹⁷⁾.

Leto riduce così *ad absurdum* la concezione di Fioretti:

« E così [...] il diritto della difesa dovrebbe accordarsi unicamente alle persone *ritenute oneste* e negarsi a tutti gli altri; dissi *ritenute oneste*, perché spesso la società ritiene oneste le persone più

⁽¹¹⁶⁾ Ivi, p. 49. Corsivo nel testo originale.

⁽¹¹⁷⁾ *Ibidem*.

disoneste di questo mondo, e sarebbe inopportuno di venir qui rintracciando le cagioni di questo fatto purtroppo innegabile, quanto deplorabile. Ma allora non resterebbe che compilare un elenco delle persone *ritenute oneste*, ed alle quali sia permesso l'esercizio della difesa privata [...] » ⁽¹¹⁸⁾.

In tal modo Leto tocca uno dei punti nevralgici nella controversia. In primo luogo: può il giudizio sull'onestà formulato da Fioretti essere basato solo sulla considerazione del conflitto tra aggressore e aggredito in forza dell'aggressione? Leto sostiene che esso è necessariamente da estendere alla 'vita' di entrambi. Così vi possono essere un aggredito disonesto e un aggressore onesto. In secondo luogo: quali sono i criteri per formulare il giudizio sull'onestà? Leto ricorda come tale giudizio sia da un punto di vista sociale un giudizio sulle 'apparenze' e come implicitamente 'le apparenze ingannino'. Leto va addirittura oltre e sottolinea che « spesso » nella società il giudizio apparente sull'onestà di una persona non ha fondamento nella 'realtà delle cose' ⁽¹¹⁹⁾. In tal caso, basarsi su tale giudizio per decidere della legittima difesa porterebbe inevitabilmente a commettere delle gravi ingiustizie.

Il *secondo argomento* tematizza la possibilità di formulare *alla luce della considerazione della reazione* un giudizio adeguato sull'« onestà » dell'aggredito:

« [...] ma di grazia, [...] trattandosi di respingere un'aggressione, quali sono i caratteri che distinguono l'uomo onesto dal delinquente? O l'aggredito fece ciò che era strettamente necessario alla sua difesa, ed allora, sia pure un delinquente per conto suo, non deve rispondere di nulla, appunto perché non ha fatto che difendersi. O ha fatto di più che necessario non fosse, ed allora, sia pure la persona più onesta del mondo, deve rispondere di eccesso nella difesa, e nulla hanno a che fare i *caratteri* differenziali di cui vien discorrendo il nostro A. [...] » ⁽¹²⁰⁾.

In sintesi: Leto coglie due dei punti decisivi della controversia. In primo luogo: come è possibile distinguere nella difesa legittima

⁽¹¹⁸⁾ Ivi, p. 50. Corsivo nel testo originale.

⁽¹¹⁹⁾ *Ibidem*.

⁽¹²⁰⁾ Ivi, p. 54. Corsivo nel testo originale.

i “caratteri”, gli indici di “temibilità” cari a Fioretti e con lui alla Scuola Positiva? In secondo luogo: anche se questi caratteri potessero essere ricostruiti, davvero rileverebbero ai fini della sussistenza o meno della legittima difesa?

3. *Dell'impossibilità di distinguere un provocatore da un aggressore (Impallomeni).*

Il tentativo di Fioretti di attaccare l'indirizzo dominante ovvero la concezione del suo corifeo, Francesco Carrara, produce reazioni. Nel 1889 dopo Leto anche Impallomeni critica la concezione di Fioretti. Facendo esplicito riferimento a Leto ⁽¹²¹⁾, Impallomeni critica la concezione di Fioretti con riferimento alla sua distinzione tra « malfattore » ed « onesto »:

« Una delle due. O per *malfattore* s'intende colui che aggredisce altri senza una causa scusabile, o s'intende generalmente ogni aggressore, sia o no mosso da una causa scusabile. Nel primo caso il diritto di difesa si riconoscerebbe nel privato, non perché sia aggredito in un suo diritto, ma perché non abbia provocato il male del suo nemico; e, viceversa, ciascuno avrebbe il dovere di farsi uccidere soltanto perché abbia offeso il suo aggressore; e in tal modo si verrebbe a creare l'assurdo diritto, incompatibile con ogni civile convivenza, di vendicarsi da sé, e di farsi ragione con le proprie mani. E le parti riuscirebbero stranamente mutate: il provocato prenderebbe il posto dell'aggredito; non è più l'aggredito che ha diritto di uccidere per salvarsi, ma è il provocato che ha diritto di uccidere soltanto perché provocato; la *scusa* della provocazione dovrebbe sparire dai codici per far posto al *diritto* di vendetta. Nel secondo caso la teorica del Fioretti è sostanzialmente identica a quella professata dal Carrara, e se ne differisce soltanto per un'inesattezza d'indole meramente astratta di concetti; giacché se un malfattore deve ritenersi colui che *fa male*, perché fa quello che la legge

(121) Impallomeni con riferimento alla monografia di Fioretti scrive: « Splendidamente ad essa rispose il Leto ». IMPALLOMENI, *Delitti contro la persona*, in: P. COGLIOLO, *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il Codice unico del Regno d'Italia*, Milano 1889, Vol. Secondo, Parte Seconda, p. 187 s., p. 191.

non permette, aggredendo un bene posto sotto la salvaguardia della legge, la causa è il *maleficio*, e propriamente la violenza praticata in un momento in cui la difesa pubblica è impotente. E l'inesattezza teorica è in ciò che la reazione difensiva si riterrebbe legittima in considerazione della persona, mentre invece essa è legittima in considerazione dell'attentato a un diritto »⁽¹²²⁾.

Impallomeni fa valere la difficoltà di distinguere nella concezione di Fioretti tra aggressione e provocazione. Secondo la concezione di Fioretti infatti l'aggressore per il semplice fatto dell'aggressione perderebbe il proprio diritto alla vita. Ma allora tale sorte, ecco l'obiezione di Impallomeni, toccherebbe anche al provocatore. E tale conseguenza sarebbe inammissibile.

Se invece così non fosse, se l'aggressore e con lui anche il provocatore non perdono di per sé il loro diritto alla vita in forza del loro comportamento, allora nella concezione di Fioretti sarebbe centrale non più la temibilità mostrata dall'aggressore, ma l'aggressione, la violenza ingiusta ovvero con le parole di Impallomeni: lo « attentato a un diritto ». In tal modo la concezione di Fioretti sarebbe riconducibile alla criticata concezione di Carrara.

La critica a Fioretti non impedisce a Impallomeni in particolare di elaborare alla luce della disposizione che prevede in generale la difesa legittima all'art 49 un principio generale di proporzionato uso della violenza da parte del proprietario non minacciato nell'integrità fisica:

« [...] l'attacco ad un bene giuridico diverso dall'incolumità personale si converte, spesse volte, in violenza alla persona proprietaria di quel bene: ed allora si respinge quell'attacco, respingendo quella violenza sotto l'usbergo della legittima difesa. Giacchè, intendiamoci, la legge, limitando la dirimente solo alla difesa della persona, non esige con ciò certamente che un uomo se ne stia inerte spettatore all'offesa degli altri suoi diritti »⁽¹²³⁾.

Impallomeni sostiene l'implicito ed esplicito riconoscimento di un « diritto di resistenza individuale » da parte della legge. Così per esempio induce dall'art 65 cod. proc. Pen., che autorizza all'arresto

⁽¹²²⁾ Ivi, p. 191 s. Corsivo nel testo originale.

⁽¹²³⁾ Ivi, p. 199.

in flagranza, *a fortiori* l'autorizzazione di « ogni persona [...] ad usare della forza per desistere il malfattore da un reato »⁽¹²⁴⁾. La conclusione è chiara:

« [...] ciascuno ha il diritto di difendere un bene giuridico attaccato, massimamente il proprietario; se la difesa riesce efficace senza ricorrere ad atti che costituiscano il materiale di un reato, lo scopo è raggiunto senza bisogno di una speciale protezione della legge. Se tale difesa non basta, è perché l'offensore fa uso di violenza contro la persona: ed allora se, per respingere tale violenza, si procede ad atti che costituiscono il materiale di un reato, si è nei termini della legittima difesa della persona »⁽¹²⁵⁾.

4. *La difesa legittima tra difesa impunita e questione sociale (Zerboglio).*

La critica di Impallomeni lascia il segno. Nel 1894 il libro di Fioretti viene ristampato con una lunga appendice di Adolfo Zerboglio. In essa Zerboglio costruisce una teoria che già nel nome prende le distanze da quella di Fioretti: non più teoria della « difesa legittima » e nemmeno del « diritto » alla legittima difesa, ma piuttosto teoria della « difesa impunita »⁽¹²⁶⁾. Zerboglio recepisce espressamente la critica di Impallomeni a Fioretti per poi, dopo aver preso le distanze da Fioretti, provvedere a una nuova fondazione. Le premesse di Zerboglio sono chiare ed espressamente ricondotte alla nuova « scuola positiva »:

« La difesa sociale è, sappiamo, lo scopo della pena per i seguaci della scuola positiva. Essa si confonde colla tutela giuridica, in quanto il diritto rappresenta quel complesso di norme che governano in una consociazione i rapporti di coloro che la compongono. Chiunque viola il diritto offende in una società il suo più importante elemento di vita, chiamato, con frase scultoria dall'Ardigò, forza specifica. Se il diritto non venisse tutelato, quella società si sfascierebbe, onde la tutela del diritto è difesa della società. Difesa

⁽¹²⁴⁾ Ivi, p. 201.

⁽¹²⁵⁾ *Ibidem.*

⁽¹²⁶⁾ Cfr. ivi, p. 100.

sociale e tutela giuridica sono pertanto due cose medesime, solo che la seconda è la formula concreta della prima » (127).

La violazione del diritto *tout court* richiede la tutela giuridica ovvero la difesa della società, pensata come un organismo *vivente*. A essere messo in discussione è infatti il suo principale « elemento di vita ». La reazione o la difesa avviene con l'utilizzo da parte della società del diritto ovvero della pena. In tal modo vengono meno le differenziazioni tra diritto civile, diritto amministrativo e diritto penale. Ne segue che per diritto si intende qui il diritto penale *tout court*. Se il fine della scienza penale e del diritto penale è quello di proteggere la società, allora l'oggetto dell'attenzione non sarà più il fatto di reato, ma il reo:

« Come, allorquando si dice tutela giuridica, non si può pensare alla tutela d'un diritto astratto, ma invece del diritto positivo di un gruppo umano, per cui l'oggetto della difesa è l'uomo, del pari, quando si parla del fenomeno che turba il diritto, non si può considerarlo a sé, ma nel suo autore » (128).

L'oggetto dell'attenzione diviene quindi « il delinquente »: « in quanto [...] si abbia da proteggere la società, quello che va studiato, analizzato, scrutato, è il delinquente » (129).

Rifacendosi genericamente a « ricerche degli antropologi », Zerboglio tematizza l'esistenza di « esseri anormali » come problema del diritto penale:

« [...] dalle ricerche degli antropologi, noi sappiamo esservi degli infelici assolutamente incapaci, per la loro costituzione psicofisica, di adattarsi all'ambiente che li circonda » (130).

La conseguenza di tale 'sapere scientifico' è per Zerboglio chiara:

« Ogni qualvolta ci si troverà pertanto *di fronte* ad uno di siffatti *esseri anormali*, la conservazione sociale esigerà che, in quel

(127) G. FIORETTI, A. ZERBOGLIO, *La legittima difesa*, Torino 1894, Appendice di Adolfo Zerboglio, 87 s., 90.

(128) *Ibidem*.

(129) Ivi, p. 91.

(130) *Ibidem*.

modo da reputarsi migliore, si provveda acciò lo stesso venga posto in condizione di non poter più nuocere alla società »⁽¹³¹⁾.

L'espressione « di fronte », il 'trovarsi di fronte' evoca l'incontro improvviso con la cessazione della normalità, con la anormalità nonché lo scoprire tale condizione degli individui fondamentalmente grazie alla vista, al vedere. Questi principi generali vengono poi concretizzati espressamente da Zerboglio per il caso della legittima difesa. Innanzitutto Zerboglio tematizza la difesa con riferimento alla posizione dell'agredito:

« La difesa, atto, oggettivamente, antiggiuridico, non importa alcuna punizione, ed è, di conseguenza legittima, tutte le volte che per essa, non si spieghi veruna qualità più o meno antisociale nell'individuo che la consumò »⁽¹³²⁾.

Questo viene ripetuto con altra formulazione da Zerboglio in altro luogo:

« [...] chiunque è attaccato in un suo diritto senza avervi porto nessuna giusta ragione, difendendosi non si espone a penalità, salvo che, nella difesa, dia prove manifeste di un carattere abnorme »⁽¹³³⁾.

In particolare Zerboglio critica la coincidenza dell'interesse dell'agredito « onesto » e della società (implicitamente « onesta » anch'essa) nei confronti dell'aggressore « disonesto » sottesa alla critica di Fioretti:

« Ma l'individuo che legittimamente si difende è l'individuo onesto? »⁽¹³⁴⁾. Recependo la critica di Impallomeni a Fioretti, la risposta di Zerboglio è chiaramente negativa. Per Zerboglio, che recepisce qui espressamente la concezione di Impallomeni, a fare la differenza, a rendere la difesa *legittima* o meglio: *impunita* non è la

⁽¹³¹⁾ *Ibidem.* Corsivo mio.

⁽¹³²⁾ Ivi, p. 92.

⁽¹³³⁾ Ivi, p. 94. Si veda anche p. 98: « Riguardo alla difesa, ch'io appellerei impunita, essa sarà considerata là dove si considerino quelle circostanze, per le quali gli autori di un'azione antiggiuridica debbano andare prosciolti, per non essersi svelati refrattari allo adattamento sociale ».

⁽¹³⁴⁾ Ivi, p. 104.

« considerazione della persona » ma « la considerazione dell'attentato a un diritto » (135).

Per quel che concerne l'ambito della difesa e soprattutto la questione cruciale della difesa dei beni, Zerboglio tematizza ovvero cita ampiamente gli argomenti svolti da Leto contro la concezione sul punto di Fioretti per poi argomentare a sua volta contro Leto. *In primo luogo* viene in considerazione la posizione dell'agredito:

« Per me, la difesa dei beni si ha da ammettere quando la perdita di questi beni rappresenti per il derubato una grave jattura, tale che l'impedirli, anche con la violenza, sia reso necessario dal forte danno che risulterebbe se non la si impedisse » (136).

La conclusione è la formulazione di un principio di proporzione tra la difesa ovvero (almeno anche) implicitamente il danno arrecato e il valore dei beni aggrediti con riferimento alla *persona* dell'agredito:

« La difesa dei beni non andrà immune da pena se sia sproporzionata al valore dei beni medesimi in relazione della persona che li detiene » (137).

L'esempio fornito da Zerboglio è illuminante:

« Se Wanderbilt, cogliendo in flagrante il ladro che gli abbia carpito o sia in procinto di carpirgli cento lire, per ottenerne la immediata restituzione o vietarne la sottrazione, tira una rivoltellata ed ammazza il ladro, Wanderbilt non è prosciolto, come sarebbe stato prosciolto un povero operaio che avesse, in un accesso di disperazione, ferito ed ucciso il ladro, che, carpitegli le cinquanta lire costituenti i suoi risparmi e il margine per campare egli ed i suoi, si rifiutasse brutalmente di restituirle » (138).

In tal modo vengono contrapposte la perdita da parte del « povero operaio » e quella da parte di « Wanderbilt », che è per contrapposizione implicitamente « ricco ». L'operaio viene gettato dal furto nella miseria, diviene ancora più povero di quanto sia, e si trova quindi in una sorta di stato di necessità in cui la sua stessa vita e la vita dei suoi in senso ampio vengono messe a repentaglio. In

(135) IMPALLOMENI, cit. da Zerboglio, Ivi, p. 106.

(136) Ivi, p. 100.

(137) Ivi, p. 101.

(138) *Ibidem*. Wanderbilt è qui con ogni probabilità William Wanderbildt, un noto imprenditore e capitalista attivo all'epoca nei mercati americani.

questo caso il giudice chiamato a decidere avrebbe un criterio consistente. Zerboglio osserva:

« Il *prudente* arbitrio del giudice è *prudente* in realtà, quando ha da muovere non da filosofemi teoretici e speculazioni astratte, ma dalle concezioni umane dei bisogni della convivenza sociale e della vita »⁽¹³⁹⁾.

Questo significa più concretamente:

« Le contingenze nelle quali si è svolta la difesa, il tempo, il luogo, l'ora, l'accidentale situazione psicologica dell'agredito, l'indizio di una sensibilità ed impulsività affatto transitoria sono tutti elementi che si peseranno per constatare se la difesa è stata l'indice o no di un individuo pericoloso e se si abbia da punire e da assolvere »⁽¹⁴⁰⁾.

In secondo luogo viene in considerazione la posizione dell'*aggressore*:

« Mentre colui che attenta solo alla persona può essere stimolato assai frequentemente da motivi giustificabili, colui che attenta agli averi è più probabilmente un *disonesto autentico*, e se l'attentato è tale da compromettere nella sua pace, nella sua tranquillità e nel suo benessere l'esistenza di un uomo o d'una famiglia, che non l'hanno provocato, è giusto che lo si respinga, non importa se a prezzo della vita di chi lo consuma »⁽¹⁴¹⁾.

In tal modo viene introdotta una differenza tra tipi di aggressori. L'aggressore ai beni è secondo Zerboglio « più probabilmente » un « *disonesto autentico* », un « *delinquente* », a differenza dell'aggressore alla persona. Il tipo di aggressore a cui pensa Zerboglio è plausibilmente quello del 'ladro' ovvero del 'brigante'. Tale asserzione si lascia corroborare anche alla luce di quanto Zerboglio scrive in un passo successivo per criticare il requisito della « *violenza* » dell'art. 49 del Codice Zanardelli:

⁽¹³⁹⁾ *Ibidem*. Corsivo nel testo originale.

⁽¹⁴⁰⁾ Ivi, p. 101 s. Si veda anche il passaggio successivo, che riequilibra in termini soggettivi il criterio oggettivo proposto: « E la difesa andrà impunita anche se il bene o il diritto sia esiguo oggettivamente, purché, tale non essendo rispetto a chi se lo vede attaccato, abbia la potenza di destare degli affetti così forti da sviluppare la tutela più energica ». Ivi, p. 102.

⁽¹⁴¹⁾ Ivi, p. 100 s. Corsivo mio.

« Talvolta è urgente di intraprendere la propria difesa avanti che l'aggressione si sia esplicata, ed allora non è tuttavia possibile discorrere di violenza, che deve concretarsi in un principio d'azione a danno di quegli verso cui è diretta. Io vado sull'imbrunire per una strada solitaria, e so che, in quei paraggi, si aggira un malfattore terribile, del quale conosco la sembianza. Scorgo a breve distanza il famigerato briccone che mi viene incontro, senza nondimeno aver compiuto alcun atto di minaccia al mio indirizzo, io che so come il bandito non risparmia la vita di veruno, non aspettando ch'egli mi metta nella condizione di incapacità di difendermi, gli esplodo addosso la mia rivoltella e lo uccido. Non è questa una legittima difesa? Ma è essa basata su una violenza, o non unicamente sul pericolo giustificatissimo di incorrerla? » ⁽¹⁴²⁾.

In tal modo viene replicato implicitamente e a distanza all'argomento di Leto: là, davanti, ecco venire incontro il « malfattore terribile ». Questi è considerato come tale al solo vederlo, alla sua « sembianza ». È l'individuo 'pericoloso' l'individuo 'disonesto' per eccellenza. Chi avesse la sventura di incontrarlo, di imbattersi in lui, dovrebbe avere il diritto a usare la violenza in difesa legittima. Questo viene però negato dal requisito della « violenza » da parte dell'aggressore richiesto dall'art. 49. La situazione in cui si trova l'agredito è infatti una situazione di *pericolo*, e non di *violenza*. Corrispondentemente Zerboglio propone di modificare il requisito della « violenza » aggiungendovi quello del « pericolo grave di esserne attaccato » ⁽¹⁴³⁾. Zerboglio arriva quindi a formulare una proposta di ridefinizione dell'art. 49 del Codice Zanardelli articolata in quattro disposizioni. In particolare le prime tre recitano:

« Art. I. — Non è punibile colui che ha commesso il fatto,

⁽¹⁴²⁾ Ivi, p. 108. Il favor concesso da Zerboglio all'agredito è ricostruibile anche alla luce di un passaggio successivo nella parte dell'Appendice appositamente dedicata ai « Quesiti ai giurati ». In essa Zerboglio critica una sentenza del 24 giugno 1890 della Corte di Cassazione che avrebbe visto nella « inevitabilità del pericolo » un requisito necessario della legittima difesa. La massima espressa da tale sentenza si risolverebbe, secondo Zerboglio, « in tutto danno degli aggrediti, e tutela degli aggressori ». Ivi, p. 132. La sentenza della Corte andrebbe così corretta sostituendo all'inevitabilità (oggettiva) la inevitabilità soggettiva del pericolo. *Ibidem*.

⁽¹⁴³⁾ Ivi, p. 109.

esercitando, all'infuori dell'eccesso contemplato nel successivo art. III, il diritto di difendere se od altri, o contro una violenza attuale ed ingiusta, od anche solo contro il grave ed imminente pericolo di incorrerla » ...

« Art. II. — Non è punibile colui che ha commesso il fatto, esercitando, all'infuori dell'eccesso contemplato nell'art. III, il diritto di difendere i proprii beni, quando l'aggressione importasse pericolo o minacce di violenza personale, o la perdita dei beni costituisse un danno rilevante, tenuto conto delle condizioni patrimoniali dell'aggredito. La difesa deve essere prossima all'aggressione, e tale che, per conseguire all'aggressione già consumata, non si converta in un'offesa per parte dell'aggredito » ...

« Art. III. — Colui che, esercitando il diritto riconosciuto dagli art. I e II, trascende ad atti che eccedano le necessità della più larga difesa, tenuto conto dello speciale turbamento psicologico dell'aggredito, è punito con la detenzione per un tempo non inferiore ai sei anni, ove la pena stabilita per il fatto commesso sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il reato medesimo ridotta a misura non inferiore ad un sesto, e non superiore alla metà, sostituita la detenzione alla reclusione e l'interdizione temporanea dai pubblici uffici all'interdizione perpetua » ⁽¹⁴⁴⁾.

5. *La Cassazione e gli offendicula.*

L'idea che il diritto alla vita, anche quello del ladro, abbia priorità assoluta rispetto al diritto di proprietà è sempre più difficile da accettare. La tecnica fornisce il suo contributo. Lo sviluppo di congegni meccanici per azionare 'automaticamente' armi da fuoco pone la giurisprudenza e quindi la dottrina dinanzi a una versione sofisticata del tradizionale caso dell'uccisione del 'ladro notturno' ovvero più precisamente a un suo slittamento: si tratta della questione della liceità o meno dell'uccisione del ladro mediante congegni meccanici ovvero *offendicula*. Questa infatti si può verificare anche nel caso in cui il proprietario o i suoi famigliari non si trovino in casa e sia quindi esclusa per definizione la connessione tra

⁽¹⁴⁴⁾ Ivi, p. 113 s.

l'aggressione ai beni e all'incolumità fisica, tradizionalmente chiamata in causa come ratio delle fattispecie di cui all'art. 376. Quella con cui si confrontano i giudici e di riflesso la scienza penalistica è una difesa mortale o gravemente lesiva per l'integrità fisica a tutela dei beni tout court. Il caso con cui si confronta la Cassazione nel 1898 è il seguente: « Un notissimo ladro », dopo aver scontato 15 anni di pena entra di soppiatto di notte nella casa di un « dottore » di Monte san Giusto, nei dintorni di Macerata. Grazie a una chiave falsa apre il portone di ingresso e la porta « di un pianerottolo che immette nella stanza da pranzo »⁽¹⁴⁵⁾. Una volta entrato nella sala da pranzo, il ladro viene ucciso « da due colpi di una doppietta ». Questa era stata collocata dal proprietario « dietro l'uscio di una porta attigua » ed era stata azionata inavvertitamente dal ladro che aveva spinto o urtato contro tale uscio.

La Cassazione considera applicabili al caso in esame con l'effetto di escludere la responsabilità del proprietario sia la fattispecie dell'art. 376 co. 1 che quella dell'art. 376 co. 2. Quanto al co. 1, il requisito rilevante è qui quello della « necessità di difendere » i beni. L'attività del proprietario che appresta un congegno esplosivo, che funzionerà eventualmente molto tempo dopo la preparazione dell'apparecchio soddisfa ai requisiti di tempo e di spazio della legittima difesa ovvero delle fattispecie di cui all'art. 376? La risposta della Cassazione, affermativa, consiste nell'indicazione di due soluzioni normative entrambe soddisfacenti per l'aggredito. La prima soluzione fa leva sul supposto diritto del proprietario a fare « in casa sua » tutto ciò che gli è permesso ovvero non gli è vietato, e quindi anche ad apprestare dei mezzi di difesa contro i ladri. Tale comportamento viene quindi a essere coperto dalla fattispecie dell'art. 376 come « difesa » dei beni contro gli autori dei fatti ivi previsti:

« Di qui [...] non si esce. O il proprietario può fare nella sua casa ciò che giova a difenderla dai ladri, non escluso un apparecchio meccanico, predisposto a qualsiasi fine: ed il fatto, se lecito, e non vietato, non può diventare illecito, ed elevarsi a reato, se altri,

⁽¹⁴⁵⁾ Corte di Cassazione, *udienza del 10 novembre 1897, Montalboldi*, in: *La legge, Monitore giudiziario ed amministrativo del Regno d'Italia*, 1898, Vol. I, 205 s..

senza averne il diritto, vi penetra mediante scalata, rottura o altro mezzo e v'incontri la morte od una lesione nell'atto di scassinare uno degli usci a fine delittuoso, non essendovi nel nostro codice alcuna sanzione che lo prevegga, e vi si attagli, donde l'applicazione dell'articolo 1 »⁽¹⁴⁶⁾.

La seconda ipotesi alternativa è data dall'equivalenza tra la difesa del proprietario *manu propria* e quella fatta per mezzo di apparecchi automatici che lo "sostituiscono". In tal modo la condotta del proprietario è considerabile come un *respingere la* « rottura » della casa di abitazione durante la notte:

« O vuoi che torni lo stesso e che non siavi differenza sia che si offenda con la propria mano l'autore della scalata o rottura, sia che lo si offenda per respingerlo mediante un apparecchio predisposto a tale scopo come se non debba aversi riguardo alla volontà dell'agente ed anche al suo modo di operare in tutti gli atti che sono necessari alla consumazione del reato, ed allora, posto che l'apparecchio valga e rappresenti il braccio dell'autore, non potrebbe negarsi la discriminante dell'articolo 376 n. 2 codice penale, giacché la legge non richiede la condizione che vi sia fondato timore per la sicurezza personale di chi si trovi nella casa, se non quando si tratti dell'altro caso, di cui nel suddetto n. 2 dell'art. 376 »⁽¹⁴⁷⁾.

In tal modo viene aperta una significativa breccia nel principio della necessaria connessione tra minaccia ai beni e minaccia alla incolumità della persona.

6. *Il lavoro nobilita la proprietà (Stoppato).*

Nel 1898, annotando la sentenza della Corte di Cassazione, Alessandro Stoppato provvede a indebolire ulteriormente il paradigma del *moderamen inculpatae tutelae*. Stoppato contrappone il

⁽¹⁴⁶⁾ Ivi, p. 206.

⁽¹⁴⁷⁾ *Ibidem*. Sulla figura del '*fur nocturnus*' si veda L. LACCHÉ, *Loca occulta. Dimensioni notturne e legittima difesa: per un paradigma del diritto di punire*, in M. SBRICCOLI, (a cura di), *La notte. Ordine, sicurezza e disciplinamento in età moderna*, Firenze 1991, p. 127 s.

diritto alla vita e il diritto di proprietà dei « cittadini » e dei « galantuomini » a quello dei « ladri ». In un primo passaggio Stoppato pone ovvero concede valore normativo al principio che poi verrà sacrificato, il principio della pari dignità del diritto alla vita di tutti gli esseri umani, dei « galantuomini » come dei « ladri »:

« È vero che i ladri hanno diritto di vivere non meno dei galantuomini, ma è pur vero che i cittadini devono aver diritto di difendere la proprietà contro i ladri » (148).

All'iniziale riconoscimento del diritto alla vita per tutti segue subito la limitazione dello stesso dal punto di vista discorsivo, in forza della contrapposizione tra « cittadini » e « ladri ». Segue quindi una seconda concessione al 'punto di vista dominante', subito di nuovo limitata fortemente:

« È vero altrettanto che scade, nella proporzione giuridica, il diritto di proprietà in confronto di quello della vita, ma è pur vero che il primo non è se non che una esplicazione dell'altro » (149).

In tal modo Stoppato rimanda implicitamente all'argomentare di autori come Nicolini, che stabilivano una chiara priorità della « vita » nei confronti della « roba », per poi neutralizzare la portata di tale argomento riconducendo la proprietà al diritto alla vita, e quindi implicitamente attribuendo alla proprietà un rango (quasi) pari al diritto alla vita in senso stretto. Questa equiparazione viene effettuata ricorrendo all'attività precipua dell'« uomo », il lavoro:

« L'uomo, *vivendo*, o lavora e lavorando produce, o conserva il prodotto del lavoro ricevuto da altri. Sia che egli viva producendo, conservando o consumando, ha diritto di godere del suo » (150).

Per il tramite del *lavoro* incorporato in ogni bene oggetto di *proprietà* viene a essere incorporata nel bene oggetto di proprietà anche la *vita*. La difesa della proprietà nei confronti dei ladri, cioè implicitamente: di chi non lavora, sarebbe quindi anche difesa della *vita*.

A questo punto sono poste le premesse perché possa essere

(148) A. STOPPATO, *Il diritto del proprietario di apprestare nella sua casa mezzi per uccidere il ladro notturno*, in: « La Cassazione unica », 1898, 386 s.

(149) Ivi, p. 386.

(150) Ivi, p. 386 s. Corsivo mio.

praticato un « accettabile » bilanciamento tra la ‘vita’ ovvero la proprietà del proprietario aggredito e la vita del ladro.

7. *Manzini: tra la liceità degli offendicula e la « feroce avarizia » della proprietà.*

Con il passaggio al XX secolo la filosofia del diritto penale ha sempre meno rilievo. Nel suo *Trattato di diritto penale italiano* del 1908 Manzini può tranquillamente neutralizzare dal punto di vista discorsivo ogni possibile fondazione di tipo filosofico della legittima difesa:

« È vano e fantastico andar ricercando il fondamento della legittima difesa, quale causa giustificante, fuori del diritto positivo e della necessità. Il solo buon senso, che val più d’ogni filosofia, avverte che sarebbe tanto inumano quanto inane l’imporre ai singoli di subire l’altrui ingiusta violenza, quando questa non può essere rintuzzata o riparata dallo Stato »⁽¹⁵¹⁾.

Le fonti normative della legittima difesa sono il « diritto positivo » e la « necessità ». La condizione di possibilità di conoscenza di tali fonti è data dal « buon senso ». La « legittima difesa privata » è per Manzini « una concessione ipotetica e condizionata della potestà di polizia ... che lo Stato fa al privato per ragione di necessità »⁽¹⁵²⁾. Il singolo individuo viene insomma a essere investito in via sussidiaria della funzione pubblica di polizia:

« Da parte del singolo, e dal punto di vista della sua attuazione, la legittima difesa costituisce quindi una forma d’esercizio privato di funzione pubblica, che ha per iscopo di respingere con la forza l’aggressione ingiusta (non occorre che sia delittuosa) a certi diritti o interessi protetti, che, in base a criteri di politica criminale, si ritengono particolarmente degni della più energica tutela »⁽¹⁵³⁾.

Dal punto di vista della collocazione dogmatica, in Manzini è chiaro il passaggio dalla imputabilità alla responsabilità:

« La giustificante della legittima difesa e la scusante dell’eccesso

⁽¹⁵¹⁾ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino 1908, Vol. II, p. 233.

⁽¹⁵²⁾ Ivi, p. 234.

⁽¹⁵³⁾ *Ibidem*.

sono circostanze che si riferiscono alla *responsabilità*, e non all'imputabilità, perché lasciano intatta ed anzi presuppongono la volontà di produrre l'evento reattivo »⁽¹⁵⁴⁾.

Con riferimento al requisito della « necessità » Manzini si oppone decisamente e perentoriamente a interpretazioni tese a pensare la « necessità » della difesa connessa alla « irreparabilità » del male minacciato, in breve: alla concezione di Carrara:

« Sulle tracce di abrogate norme penali si suole insegnare non esservi necessità se il male che si vuol respingere non sia realmente od opinatamente *irreparabile*. Ma codesta interpretazione è del tutto arbitraria. La giustificante dell'art. 49 n. 2 non pone affatto la condizione dell'irreparabilità del danno, ma richiede soltanto che questo vada a colpire la persona dell'agredito »⁽¹⁵⁵⁾.

Speculare a tale concezione del requisito della necessità è il criterio di differenziazione tra legittima difesa e l'eccesso di cui all'art. 50. Qui Manzini osserva:

« Il criterio differenziale tra legittima difesa ed eccesso nella medesima è esclusivamente questo: che per 'colpa' sopraggiunta del reagente siansi adoperati mezzi esuberanti rispetto allo scopo di respingere l'altrui violenza attuale ed ingiusta »⁽¹⁵⁶⁾.

Tale principio viene ulteriormente concretizzato:

« Per misurare la necessità o l'eccedenza della difesa non si deve istituire il confronto tra il male patito o minacciato e il male inflitto per reazione, il quale ultimo può essere di gran lunga superiore al primo senza che per ciò venga meno la giustificante; ma tra i mezzi reattivi che l'agredito aveva a propria disposizione e i mezzi adoperati. Se questi erano i soli che in concreto rendevano possibile la ripulsione della violenza altrui, non si avrà eccesso punibile, per quanto grande sia il detrimento subito dall'aggressore »⁽¹⁵⁷⁾.

Tramite tale interpretazione del requisito della necessità viene esercitata dal punto di vista discorsivo una forte pressione nei con-

⁽¹⁵⁴⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁵⁵⁾ Ivi, p. 252. Manzini critica qui espressamente in una nota una sentenza della Corte di Cassazione del 26 gennaio 1903. Corsivo nel testo originale.

⁽¹⁵⁶⁾ Ivi, p. 259.

⁽¹⁵⁷⁾ *Ibidem*.

fronti del requisito della « violenza », che invece porta con sé la considerazione e il bilanciamento dei « mali » in conflitto.

Quanto invece al problema della difesa del patrimonio assieme a quella del domicilio « con la forza », questa è ammessa solo « quando l'aggressione implichi un pericolo o una violenza personale contro il titolare del diritto patrimoniale o della facoltà protetta di mantenere inviolato il domicilio ». Essa quindi non rientrerebbe nell'ambito scriminante dell'art. 49 ⁽¹⁵⁸⁾.

Manzini rimanda espressamente alla disciplina ovvero alle « regole particolari » dell'art. 376. Qui distingue fundamentalmente due ipotesi. La prima sarebbe un caso corrispondente alla « reazione di polizia » e avrebbe « diretto riferimento alla persona dell'aggressore, che si vuol respingere ». La seconda consisterebbe « in un'auto-reintegrazione del possesso » e avrebbe così « diretto riferimento alla cosa detenuta dallo spogliatore ».

La prima sarebbe la fattispecie di cui all'art. 376. La ratio di tale disposizione, che Manzini definisce espressamente « eccezionale », viene individuata da Manzini « non già nella sola spogliazione iniziata o minacciata, ma principalmente nel pericolo per la individualità fisica dell'agredito ». La fattispecie dell'art. 49 n. 2 prevederebbe « una violenza attuale ed ingiusta » che sarebbe invece « presunta in via assoluta » in forza della « natura del fatto che si respinge » nelle fattispecie dell'art. 376 n. 1 e 2.

Manzini ricorda come oggetto della difesa siano « i beni propri » e quindi la difesa non possa essere effettuata da un « terzo estraneo » che accorra « in difesa dei beni altrui ».

La seconda ipotesi di « difesa privata con la forza dei beni patrimoniali » distinta da Manzini è quella della « autoreintegrazione nel possesso » dei beni mobili che siano stati spogliati « violentemente o clandestinamente ». Manzini esclude qui espressamente l'ipotesi in cui vi sia una « violenza » o un « pericolo personale ». Qualora infatti in questo caso lo spoglio fosse stato « clandestino », il ladro che reagisse violentemente « dopo la consumazione del furto » nei confronti del derubato, « per trasportare la cosa sottratta o per procurare l'impunità di sé stesso o di altra persona che

⁽¹⁵⁸⁾ Ivi, p. 238 e p. 261.

sia concorsa nel delitto » integrerebbe la fattispecie della rapina e così una « violenza » prevista dalla disposizione di cui all'art. 376 n. 1. Lo stesso si verificherebbe nel caso di spoglio « con violenza contro la persona ».

Il caso tematizzato da Manzini è quello dello « spoglio in via di consumazione o già consumato, commesso occultamente o con violenza sulla cosa ». Qui sorgerebbe la questione della liceità della reazione violenta da parte del derubato per recuperare la cosa rubata « senza incontrare alcuna reazione violenta ». Manzini dà qui una risposta affermativa, purché sia tutelato il « possesso attuale » e la tutela avvenga « immediatamente » ovvero in stato di « flagranza » o di « quasi flagranza », purché « il fatto del danneggiato non turbi l'ordine pubblico più di quello ch'esso sia attualmente turbato per il delitto del ladro » ⁽¹⁵⁹⁾.

Molto più importante è la trattazione da parte di Manzini del caso dell'uccisione del ladro con mezzi meccanici ovvero con « *offendicula* »:

« Fu discussa la questione se, dato il nostro diritto positivo, il privato, che appresta nella propria casa insidie letali (*offendicula*) contro i delinquenti, possa invocare la legittima difesa, quando con un simile mezzo abbia colpito un invasore » ⁽¹⁶⁰⁾.

La giustificazione non viene fornita da Manzini alla luce della legittima difesa, in quanto non sarebbero dati gli indispensabili requisiti della « necessità di adoperare un simile mezzo » e della « attualità della violenza » nel momento in cui il mezzo « viene predisposto ». Ciononostante Manzini formula qui una sorta di generale principio « di libertà » ovvero di « *ius utendi et abutendi* » del proprio diritto:

« Nello Stato moderno ognuno è libero di fare tutto ciò che la legge esplicitamente o implicitamente non vieta, e quindi di tenere in casa propria quello che meglio gli piace, non escluse le armi non proibite dalla legge [...] se il delinquente, invadendo l'altrui casa, incappa in qualche malanno, *imputet sibi* [...] » ⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁵⁹⁾ Ivi, p. 265.

⁽¹⁶⁰⁾ Ivi, p. 266.

⁽¹⁶¹⁾ *Ibidem*.

È interessante notare che Manzini, che pure prevede un generale diritto per il proprietario di apprestare nella propria casa pericoli mortali per i ladri, si esprime espressamente a favore della disciplina ovvero delle fattispecie del Codice Zanardelli, ritenendole « in sostanza opportune e giustificate »:

« Il consentire più ampie facoltà di privata reazione, in ordine a interessi o diritti diversi da quelli che si immedesimano nella persona fisica o la cui aggressione espone questa a pericolo, sarebbe impolitico non solo in vista del disordine sociale che ne potrebbe seguire, ma anche per la considerazione che con ciò si diminuirebbe il prestigio o l'autorità della polizia e della giurisdizione » (162).

Questo vale per Manzini espressamente per il caso dell'« attacco all'onore » e per la difesa della « proprietà »:

« Quanto alla *proprietà*, accordandosi la difesa mediante la forza privata anche fuori dei casi di pericolo o violenza personale, si andrebbe incontro ad abusi e a pericoli gravissimi » (163).

Questa decisa affermazione viene fondata da Manzini con il ricorso alle statistiche, che secondo Manzini varrebbero « ben più delle divagazioni accademiche sull'importanza eguale o non eguale dei vari diritti subiettivi ». Da una parte vi sono 'i dati', i fatti, dall'altra le « divagazioni accademiche » sul peso dei « diritti subiettivi ». Questo passo può essere letto almeno in connessione con il passo già analizzato sopra, in cui Manzini oppone il « buon senso », e quindi l'« empiria dei fatti », il « diritto positivo » e la « necessità » così come sono, interpretate appunto con « il buon senso », a « ogni filosofia » e quindi all'utilizzo della « filosofia » nella scienza del diritto penale, nella scia sotto questo aspetto di autori come Fioretti nella loro polemica nei confronti di Carrara e del ricorso alla 'filosofia' e al 'diritto naturale'. Alla luce dei dati sulla « causale della difesa della proprietà nei delitti di sangue » verificatisi in Italia nel periodo 1880-1889 che in media sarebbe del 2,14%, Manzini trae la conclusione lapidaria:

(162) Ivi, p. 274 s.

(163) Ivi, p. 275. Corsivo nel testo originale.

« Questa feroce avarizia deve essere combattuta e non secondata dallo Stato » (164).

8. *Il « diritto subiettivo di autodifesa » (Battaglini).*

Nel 1910 Giulio Q. Battaglini propone una concezione della legittima difesa come « diritto subiettivo di autodifesa » che viene « eccezionalmente » esercitato dal « suddito » quando lo Stato non è in grado di « reagire » contro l'illecito. Battaglini scrive:

« Come i sudditi, anche lo Stato à doveri giuridici [...]. Ma lo Stato è anche investito di diritti, in virtù di doveri da parte dei sudditi. Nelle norme di diritto criminale al comando d'astensione dal reato, che fonda un dovere dei sudditi, corrisponde l'autorizzazione *statuale* di punire. Giacché per principio la difesa dei beni giuridici è un attributo *statuale*. Solo lo Stato può brandire l'arma di reazione contro il torto. Eccezionalmente però è fatta al suddito autorizzazione di reagire contro il torto nel caso di difesa necessaria o, come da noi si dice, di legittima difesa. La difesa necessaria è quell'autodifesa, a cui è autorizzato il suddito di fronte ad un attacco ingiusto attuale, consistente nell'offesa dell'assalitore. Il suddito à in tal caso, un *diritto subiettivo di autodifesa*. Qui il *suddito* si sostituisce allo *Stato*, di cui la difesa è assente o insufficiente, nel *diritto di difesa dei beni giuridici*: nel momento dell'opposizione al torto il suddito rappresenta lo Stato » (165).

A seguire Battaglini indica quale sia la portata di tale diritto soggettivo alla autodifesa:

« E se il suddito, *nei limiti della necessità*, per impedire il fatto antiggiuridico arreca all'assalitore un danno assai più grave di quello che importerebbe la reazione *statuale*, successiva al suo avvenimento; non si considera la maggior energia dell'autodifesa come fonte di responsabilità » (166).

L'eventuale sproporzione viene spiegata alla luce della contrap-

(164) *Ibidem*.

(165) G.Q. BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari*, Perugia 1910, p. 38. Corsivo nel testo originale.

(166) *Ivi*, p. 39.

posizione ormai classica e recepita dalla dottrina tedesca della seconda metà del XIX secolo, probabilmente dal molto citato e recepito von Jhering, tra « diritto » (Recht) e « torto » (Unrecht):

« Nella lotta tra il diritto e il torto è giusto che debba trionfare il diritto, arrecando all'aggressore tutto il male necessario per raggiungere tale risultato » ⁽¹⁶⁷⁾.

Lo slancio e il vigore che ha preso il « diritto » nella lotta contro il « torto » ovvero contro l'illecito 'moralmente considerato' ha però dei limiti:

« Però, se lo Stato autorizza il suddito a rappresentarlo nella difesa dei beni giuridici con limiti certamente più larghi di quelli, entro cui si costringe la difesa dallo Stato direttamente esercitata; tuttavia il suddito deve mantenere una proporzione *fra la violenza contro l'aggressore e il torto di questi*. Così non si potrà mai riconoscere un diritto di uccidere di fronte al ladro d'un grappolo d'uva » ⁽¹⁶⁸⁾.

In una nota Battaglini prova a concretizzare ulteriormente la sua concezione, ricordando come il principio *vim vi repellere licet* non debba essere « spinto fino ad estreme conseguenze », giungendo così ad « ammettere la legittimità di qualunque difesa contro qualunque torto » ⁽¹⁶⁹⁾. Contrapponendo esplicitamente la sua concezione a quella radicale di von Jhering nel suo *Der Kampf um's Recht* e rifacendosi alla concezione di Venezian, Battaglini evoca lo spettro dello « scatenamento delle passioni più selvagge »:

« Se al contadino, alla guardia campestre, alla guardia forestale fosse riconosciuto il diritto d'uccidere il ladruncolo o il braccioniere, quando non possano impedire altrimenti il furto d'un lepratto o d'un grappolo d'uva, la tutela della proprietà si convertirebbe in una strage, provocante una serie infinita di sanguinose reazioni » ⁽¹⁷⁰⁾.

Battaglini non fa qui alcun riferimento alla legislazione vigente e parla di « legittima difesa » come pure di « Stato » e « sudditi »

⁽¹⁶⁷⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁶⁸⁾ *Ibidem*. Corsivo nel testo originale.

⁽¹⁶⁹⁾ Ivi, nota 1 a p. 39.

⁽¹⁷⁰⁾ Ivi, p. 39.

in generale, sviluppando implicitamente una “teoria generale della difesa legittima”. Essa prevede implicitamente nella scia della dogmatica tedesca del XIX secolo un diritto tendenzialmente assoluto limitato esternamente in casi eccezionali (furto del grappolo d’uva, furto della selvaggina uccisa etc.).

D. L’ATTACCO CONTRO LA « DELINQUENZA E LA MALAVITA » E LA LEGITTIMA DIFESA.

1. *La legittima difesa dalla « malavita » ovvero dalla « gente abietta » (Manzini).*

Nella prolusione tenuta all’Università di Torino il 22 novembre 1910 e pubblicata nel 1911 con il titolo *La politica criminale e il problema della lotta contro la delinquenza e la malavita* ⁽¹⁷¹⁾ Manzini indica programmaticamente la « difesa sociale contro la peggior delinquenza e la malavita » come uno dei « più gravi e urgenti » problemi del tempo ⁽¹⁷²⁾. Per attuare tale difesa Manzini indica « mezzi immediati » e « mezzi mediati » ⁽¹⁷³⁾. Per « mezzi mediati » Manzini intende « l’educazione popolare, la diffusione del benessere, la lotta contro l’alcolismo ecc. ». Si tratta qui dei rimedi che cercano di lottare contro il crimine riconoscendone le cause sociali.

⁽¹⁷¹⁾ V. MANZINI, *La politica criminale e il problema della lotta contro la delinquenza e la malavita*, in: « Rivista penale », LXXIII, 1911, pp. 5 ss. Nella sua analisi della prolusione di Arturo Rocco all’Università di Sassari del 1910, pubblicata con il titolo “Il problema e il metodo della scienza del diritto penale”, Mario Sbriccoli, ricordando in una nota « l’egemonia accademica e politica » di Vincenzo Manzini nella prima metà del XX secolo e sottolineando come il ruolo di Manzini « certo meriterebbe attenzione e studio », tematizza questa prolusione torinese del 1910: In essa vi sarebbe « molta più anticipazione e “promessa” di fascismo di quanta se ne possa vedere, specie se non si guarda bene, nella “politicalità dell’apolitico” che si rimprovera — peraltro giustamente — a quella di Rocco ». M. SBRICCOLI, *Caratteri originali e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in: L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d’Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, Torino 1998, 485 s., p. 524 nota 104. Cfr. qui A. BERRARDI, *Vincenzo Manzini, Del metodo giuridico*, Napoli 2003, in particolare p. 187 s.

⁽¹⁷²⁾ MANZINI, *Politica*, cit., p. 7.

⁽¹⁷³⁾ Ivi, p. 8.

Qui Manzini nega la competenza del diritto penale per tali interventi. Tali questioni andrebbero « manifestamente » oltre il suo « campo »⁽¹⁷⁴⁾. Escluso in tal modo l'ambito del 'sociale', a Manzini resta l'ambito del 'penale' in senso stretto. Vengono quindi in considerazione quelli che Manzini chiama « mezzi immediati ». Manzini distingue tra « mezzi privati » e « mezzi pubblici ». Manzini propone l'introduzione di « opportune norme giuridiche permissive » e soprattutto la modifica di « alcune norme etiche ». Un solo esempio di modifica delle norme giuridiche permissive viene dato da Manzini. E si tratta proprio delle norme sulla legittima difesa. Secondo Manzini le norme sulla legittima difesa del Codice Zanardelli potrebbero « sembrare di per sé sufficienti ». Esse avrebbero la « potenzialità di tutela del galantuomo contro il malfattore »⁽¹⁷⁵⁾. Tale potenzialità verrebbe tuttavia vanificata sul piano processuale, in quanto mancherebbero « le opportune norme processuali integratrici »:

« Voi sapete bensì di poter reagire violentemente contro l'ingiusto aggressore, ma conoscete anche a quante vessazioni processuali, a quante spese, e a che gravi pericoli giudiziari vi esporreste reagendo effettivamente. E questa previsione paralizza fatalmente, e talora letalmente, le oneste energie reattive, a tutto beneficio dei criminali, la cui audacia cresce alimentata dalla convinzione di non trovare resistenza »⁽¹⁷⁶⁾.

Collegando i due segmenti di discorso, può già essere indiziata la concezione della legittima difesa implicita nella prolusione di Manzini. Essa si basa sulla costruzione di una fondamentale contrapposizione tra due posizioni, a cui corrispondono il diritto e l'illecito. Da una parte c'è 'il galantuomo', che dovrebbe essere tutelato tramite le norme della legittima difesa. Dall'altra parte c'è il 'malfattore'. Si tratta di un collegamento implicito alla contrapposizione tra 'onesti' e 'delinquenti' utilizzata da Fioretti nel dibattito sulla legittima difesa. La contrapposizione si ripete nell'enunciato seguente, nel momento in cui si situano da una parte tramite il ri-

⁽¹⁷⁴⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁷⁵⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁷⁶⁾ *Ibidem.*

corso alla seconda persona plurale i 'lettori' e dall'altra parte 'ingiusto aggressore' nonché — in forza del terzo enunciato — i 'criminali'. Si tratta di una concezione della legittima difesa che vede come date, ontologicamente irrefutabili, le qualità positive del 'galantuomo' e quelle negative del 'malfattore'. È una concezione del diritto di carattere sostanzialista, priva di dubbi, che individua il diritto e l'illecito a prescindere dal momento del processo.

Manzini intende agire sul piano giuridico e sul piano « etico ». Quanto al piano giuridico, Manzini propone l'eliminazione dell'arresto preventivo di chi ha agito in legittima difesa e l'istituzione di una « speciale procedura istruttoria »⁽¹⁷⁷⁾ per la legittima difesa. Ma il piano « etico » è quello più importante per Manzini. Manzini argomenta a favore di una mobilitazione della società con le armi contro la delinquenza:

« Nel campo etico conviene poi dar opera a diffondere la persuasione dell'erroneità del concetto per cui si stima quasi vergognoso portare armi a propria difesa, e la convinzione che l'uso delle armi contro gli aggressori non solo rappresenta l'esercizio di una facoltà, ma anche l'adempimento d'un dovere sociale, quale è certamente quello di contribuire a rintuzzare la temerarietà e la protervia dei malviventi, a intimidire e disperdere la malavita »⁽¹⁷⁸⁾.

L'aggredito viene fatto destinatario di un « dovere sociale » di difendersi con le armi, e in tal modo incorporato nella politica criminale dello Stato. Il pendant di tale durezza nell'ambito dei « mezzi privati » ovvero della legittima difesa è costituito dalla proposta di inasprimento delle pene⁽¹⁷⁹⁾ nei « mezzi pubblici » e di reintroduzione della pena di morte. Qui Manzini argomenta contrapponendo con forza due modi di pensare e strutturare il diritto penale. Da una parte vi sarebbe una concezione del diritto penale 'mite' e troppo favorevole ai delinquenti. Dall'altra vi sarebbe la concezione preferita da Manzini, una concezione che ricolloca i diritti degli 'onesti' al centro dell'attenzione del diritto penale:

« Il nostro sistema penale, che del resto non ebbe mai completa

⁽¹⁷⁷⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁷⁸⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁷⁹⁾ *Ivi*, p. 9.

attuazione, è non solo troppo mite, date le condizioni italiane, ma è altresì foggato su modelli creati per popoli d'indole, di costumi, di disciplina diversi dal nostro. E esso si ispira inoltre a un criterio fondamentalmente erroneo, fatale petizione di principio su cui si erige tutta la sua complessa costruzione. Il suo spirito si adegua assai più alla psiche della gente colta e onesta che a quella dei malfattori: si è creduto che costoro sentano e soffrano moralmente al modo nostro, attribuendo così alla restrizione della libertà personale un valore, che la gente abietta o anche semplicemente la gente incolta e povera è ben lungi dall'attribuirle. A ciò si aggiunga una buona dose d'effeminato sentimentalismo a beneficio dei peggiori membri della società, e una valutazione troppo egualitaria, astratta e cieca dei così detti diritti della personalità individuale » (180).

Contro il sistema penale del tempo Manzini fa valere più argomenti. Il primo è dato da quelle che Manzini chiama « condizioni italiane ». Qui Manzini non indica con chiarezza di che cosa si tratti. Tuttavia è possibile ricostruire che cosa Manzini intenda per « condizioni italiane » ricordando che Manzini ritiene « il problema della difesa sociale contro la peggior delinquenza e contro la malavita » come « uno dei più gravi e urgenti » del tempo (181). Per comprendere quanto tale problema sia 'urgente' e 'importante' basterebbe secondo Manzini la lettura della cronaca dei giornali (182). È chiaro che Manzini allude qui a eventi italiani ovvero verificatisi in Italia. Le « condizioni italiane » sono allora quelle di una società che si deve confrontare con l'urgenza del problema della malavita. Tale problema richiederebbe per Manzini una risposta più forte di quella « troppo mite » del sistema penale attuale. A questo argomento Manzini ne aggiunge un altro basato su caratteristiche 'antropologiche' del popolo italiano: il modello 'mite' del diritto penale italiano corrisponderebbe a 'indole', 'costume' e 'disciplina' di popoli diversi da quello italiano. A esso corrisponderebbe dunque in forza di tale differenziazione un modello 'non mite'. Non è chiaro ai modelli, alle culture di quali popoli faccia riferimento qui

(180) *Ibidem.*

(181) Ivi, p. 7.

(182) Ivi, p. 8.

il Manzini. Tuttavia è possibile rinvenire nel testo di Manzini delle tracce utili in tal senso. Vi è infatti almeno una cultura giuridica e una dogmatica giuspenalista rispetto alla quale Manzini in nome e per conto della cultura penalistica italiana prende le distanze: la cultura giuridica ovvero la dogmatica giuridica tedesca. A partire dal codice tedesco del 1872 [*sic!*] Manzini segnala un suo « sviluppo esuberante e continuo ». A tale sviluppo avrebbero contribuito « forze geniali e virtù di lombrichi ». E queste ultime, precisa Manzini, vi avrebbero contribuito « per quantità di lavoro, assai più di quelle » (183). Qui Manzini sottolinea da un canto come la scienza (penalistica) italiana si trovi in un ritardo rispetto a quella tedesca e come debba « compensare intensivamente il tempo perduto ». D'altro canto Manzini sottolinea come questo non significhi « che il cultore del diritto penale italiano debba accettare per oro colato tutto ciò che di serio o di stravagante à prodotto la scienza alemanna [...] » (184). Lo studioso italiano non dovrebbe inoltre « dedicarsi esclusivamente alla dogmatica del diritto, scimmieggiando persino, come si usa, il caratteristico e per noi grottesco o nebuloso frasario tedesco » (185). Secondo Manzini il cultore del diritto penale italiano non sarebbe tenuto a “seviziare” sé e gli altri con l'« ipercritica delle mille teorie ‘made in Germany’ » (186). A questo punto Manzini formula in positivo per implicita differenziazione rispetto alla scienza penalistica tedesca ovvero alla sua erronea ricezione in Italia le caratteristiche della nuova scienza penalistica italiana:

« Pur senza ubbie nazionaliste, pur traendo profitto dal sapere universale, noi dobbiamo concepire e coltivare la nostra scienza italianamente: la larghezza di vedute, la limpida chiarezza delle idee, l'equilibrio psichico, e l'ereditarietà del più pronto e pratico senso giuridico sono le caratteristiche del nostro genio » (187).

La conseguenza da un punto di vista metodologico è per Manzini quella di non soffocare tale “genio” « sotto il peso opprimente

(183) Ivi, p. 6.

(184) Ivi, p. 6 s.

(185) Ivi, p. 7.

(186) *Ibidem*.

(187) *Ibidem*.

di nordiche astruserie » seguendo « metodi e criteri, che, in cambio di portarci a quella precisione in cui furono insuperati maestri i nostri padri latini, ci condannerebbero a un penoso e miserevole stillicidio di divagazioni accademiche e ci porterebbero inevitabilmente all'artificiosità e all'involuzione »⁽¹⁸⁸⁾.

Il secondo argomento fatto valere da Manzini vuole evidenziare una pretesa differenza tra la elite italiana e le 'classi inferiori'.

Manzini costruisce e contrappone come destinatarie della norma penale due categorie di soggetti o individui. La prima categoria è la categoria della « gente colta e onesta ». A essa si adatterebbe molto di più il sistema penale italiano di quanto non si adatti alla seconda categoria dei « malfattori ». Il motivo viene fornito da Manzini implicitamente nel momento in cui egli introduce una differenza nel sentire morale con riferimento alla privazione della libertà personale tra i « malfattori » (= « costoro ») e un soggetto implicitamente comune tra il soggetto parlante Manzini, il lettore e la « gente colta e onesta »: « [coloro che sentono e soffrono moralmente] al modo nostro ». La credenza erronea di un eguale sentire morale di malfattori e « gente colta e onesta » avrebbe condotto per Manzini a una sopravvalutazione del valore della libertà nel caso della privazione della libertà per la « gente abietta » ovvero per la « gente incolta e povera ». In tal modo la categoria dei « malfattori » viene a essere ulteriormente precisata: i « malfattori » sono la « gente abietta » ovvero « la gente incolta e povera ». L'abiezione e la disonestà sono qui date dalla mancanza di cultura e dalla povertà. La conseguenza implicita è che un sistema basato sulla privazione della libertà si rivela inefficace nei confronti degli appartenenti a quest'ultimo gruppo, il gruppo dei principali destinatari delle attenzioni del diritto penale. Così Manzini contrappone esplicitamente la « gente colta e onesta » e implicitamente la 'gente non abietta'/'la gente colta e ricca' ai « malfattori »/alla « gente abietta »/alla « gente incolta e povera ».

Il terzo e il quarto argomento sono immediatamente collegati.

Manzini fa in primo luogo valere da un punto di vista normativo un implicitamente non giustificato atteggiamento nei confronti

(188) *Ibidem.*

dei « peggiori membri della società »: è l'« effeminato sentimentalismo ». Il termine « sentimentalismo » evoca un non necessario e quindi deteriore riferimento al mondo dei sentimenti nel diritto penale. Il giudizio di valore dato con l'utilizzo di tale termine viene rafforzato per mezzo dell'aggettivo « effeminato »: qui viene evocata una femminilità non femminile, una femminilità del maschio che dovrebbe essere maschio e che invece *degenera* in “femmina”, appunto: una ‘effeminatezza’. Il diritto penale invece — è questo il messaggio implicito di Manzini — è cosa ‘da maschi’, da ‘uomini’ nel senso vero del termine ⁽¹⁸⁹⁾. In secondo luogo, Manzini marca un eccesso nell'interpretazione dei « diritti della personalità individuale » alla luce degli ideali di eguaglianza nonché, tramite gli aggettivi ‘astratta’ e ‘cieca’ una ‘lontananza dalla vita’ ovvero dalle esigenze pratiche del mondo nel sistema di diritto penale da lui criticato.

A questo punto Manzini avanza due proposte. La prima consiste in una energica reazione « contro la corrente che tenta di arrecare ai malfattori sempre nuova indulgenza e mitezza, per provvedere se mai alla moltitudine d'onesti sofferenti, di cui la società ben poco si cura » ⁽¹⁹⁰⁾. Il dualismo prosegue: « indulgenza e mitezza » per i « malfattori » e « ben poca cura » per la « moltitudine d'onesti sofferenti ». La « mitezza » viene a essere affiancata dalla qualità equivoca e moralmente discutibile della « indulgenza ». A essa fa da pendant la « ben poca » e quindi la insufficiente considerazione dei membri dell'altro gruppo, del gruppo degli « onesti sofferenti ». La seconda proposta consiste nella « radicale revisione non dei comandi penali, bensì delle sanzioni predisposte alla loro osservanza e alla repressione della loro violazione » ⁽¹⁹¹⁾. La prima sanzione a cui pensa Manzini è la più grave e importante: la sanzione della pena di morte. Qui Manzini argomenta con una certa sottigliezza:

« L'Italia si è presa il lusso, unica tra i grandi Stati, di appagare

⁽¹⁸⁹⁾ La stessa ‘femminilità’ o più precisamente lo stesso contributo delle donne al diritto penale sembra essere visto con sospetto dal Manzini, che in un altro passaggio lamenta l'inutilità e il « sistema anarchico » di una « colossale » Commissione ministeriale « composta d'egregie persone d'ambo i sessi ». Ivi, p. 13.

⁽¹⁹⁰⁾ Ivi, p. 9.

⁽¹⁹¹⁾ *Ibidem*.

una lunga e generosa aspirazione della sua classe colta, nella quale la nobiltà della razza e l'antica civiltà hanno creato ripugnanze e sentimenti non avvertiti con pari intensità da popoli economicamente più progrediti, ma di civiltà più recente. L'abolizione della pena di morte, tranne che per i militari e i sudditi coloniali, fu, invero, l'omaggio del Governo italiano alla classe colta della nazione, non certo a quella, almeno intenzionalmente, che dimostra di partecipare così poco alle suddette ripugnanze e ai sentimenti della prima, da produrre ogni anno circa 10.000 criminali rei di gravi delitti violenti, dei quali circa 150 (condannati all'ergastolo o alla reclusione per 30 anni) candidati ipotetici all'estremo supplizio »⁽¹⁹²⁾.

In tal modo la 'classe colta', cioè la classe della società a cui Manzini si rivolge, la classe dirigente che decide del diritto penale per ovvero contro la 'malavita' viene adulata. L'abolizione della pena di morte del codice Zanardelli sarebbe stata una risposta a un sentimento positivo, a « una generosa aspirazione » della « classe colta », e quindi implicitamente non della « classe incolta » dei « malfattori ». Tale tendenza, sentimento positivo della elite italiana viene ricollegato a due fattori, entrambi positivi: la « nobiltà della razza » e la « antica civiltà ». Anche in forza del confronto con la disciplina in tema di pena di morte adottata da popoli « economicamente più progrediti, ma di civiltà più recente » viene evocata una superiorità (la 'nobiltà') razziale e culturale della 'classe colta' italiana rispetto a quella di altri popoli. Quale sia invece lo stato 'razziale' e 'culturale' della 'classe inferiore' italiana ovvero della 'malavita' non viene tematizzato da Manzini. Certo è che essa viene ulteriormente contrapposta alla 'classe colta', nel momento in cui ne viene marcata la sua intenzionale mancata partecipazione ai sentimenti della prima. Una volta tematizzato l'effetto positivo dell'abolizione della pena di morte come riconoscimento della superiorità dell'elite italiana rispetto a quelle di altri popoli dal punto di vista razziale e culturale, Manzini neutralizza e controbilancia l'efficacia di tale argomento ricorrendo a un argomento di stretto carattere giuspenalistico. L'omaggio alla « sensibilità degli onesti » sarebbe per Manzini « un omaggio singolare, pericoloso e insidio-

(192) Ivi, p. 10.

so »⁽¹⁹³⁾. Ciò sarebbe dovuto al fatto che la pena, oltre ad avere efficacia repressiva avrebbe anche « una salutare funzione preventiva »⁽¹⁹⁴⁾. In tal modo la prevenzione dei crimini acquista un peso normativo maggiore rispetto al riconoscimento della superiorità culturale e razziale della élite italiana. La seconda sanzione la cui reintroduzione viene tematizzata da Manzini è la pena corporale, in particolare la pena della fustigazione. Anche qui Manzini costruisce una dicotomia, una contrapposizione fondamentale tra due concezioni tra di loro incompatibili:

« Negli uomini imbevuti delle idee della rivoluzione francese il solo nome di questa pena suol produrre uno scoppio di sdegno declamatorio; ma chi non è avvinto a pregiudizi filosofici o politici comprende che, se simili pene sono certamente un intollerabile affronto alla dignità della personalità individuale, lo sono in quanto codesta personalità sia quale viene presupposta dai filosofi e dai politici: non quale la vedono i penalisti, troppo spesso, nelle aule giudiziarie e nelle prigioni »⁽¹⁹⁵⁾.

In tal modo vengono collegati da Manzini gli « uomini imbevuti delle idee della rivoluzione francese » con coloro che sono avvinti a « pregiudizi filosofici o politici » e con i « filosofi » e i « politici ». A tali soggetti vengono contrapposti « i penalisti ». Il termine *imbevuti* porta a una connotazione negativa dei primi. Vengono evocate passività e mancanza di spirito critico. Tale connotazione negativa viene rafforzata nel momento in cui Manzini tematizza i « pregiudizi filosofici o politici ». Il termine *pregiudizio* indica anch'esso mancanza di giudizio critico e ideologicizzazione. La connotazione positiva dei *penalisti* viene in tal modo data per differenza rispetto ai *filosofi* o *politici*. Da una parte vi sono la 'ragion filosofica' o la 'ragion politica'. Esse sono il frutto di un'importazione, di una ricezione passiva dalla Francia. Dall'altra v'è la 'ragion penalistica' seguita da Manzini. Manzini prende in tal modo nettamente le distanze rispetto alla tradizione della 'rivoluzione francese' rivendi-

⁽¹⁹³⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁹⁴⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁹⁵⁾ Ivi, p. 11.

cando al contempo la autonomia del ‘penale’ ovvero del ‘diritto penale’ rispetto alla ‘filosofia’ o alla ‘politica’.

Proseguendo, Manzini osserva:

« Le carceri attuali sono per molti delinquenti luoghi (se non proprio di piacere) di riposo, di ricovero e d’istruzione criminale: luoghi assai spesso più comodi e forniti che le abitazioni, quando ne hanno, dei condannati » (196).

In tal modo viene implicitamente fatta valere la mancanza di contenuto afflittivo del carcere come pena. Per soggetti come i carcerati, come i ‘membri della malavita’ sarebbe più efficace da un punto di vista retributivo e soprattutto generalpreventivo la pena corporale. Il secondo tipo di rimedio pubblico contro la malavita proposto da Manzini è il rimedio dei « mezzi di polizia »:

« Gli agenti della pubblica forza sono oggi dallo Stato italiano muniti di armi per ironia, perché le portino e non le adoperino. Il giusto criterio che non si debba far uso delle armi, senza assoluta necessità, contro la folla, è ben diverso da quello che le guardie non debbano impiegare le armi, se non in caso estremo, contro i malfattori che le aggrediscono o che si ribellano. Eppure in pratica i due criteri si identificano. E i malviventi lo sanno, ne approfittano e crescono in audacia » (197).

Le conseguenze normative per Manzini sono chiare:

« Si comprende che senza necessità non si debbano coercire con le armi neppure costoro, ma codesta necessità deve intendersi in senso relativo, e non assoluto come nell’altro caso. Se il Governo si inducesse a ridare agli agenti di polizia le loro facoltà naturali, la malavita, che in complesso è composta di esseri vili, ne avrebbe un colpo fatale » (198).

Il criterio che impone l’utilizzo delle armi da fuoco come *extrema ratio*, in caso di « assoluta necessità » viene relativizzato. La polizia viene concepita come un’istituzione dotata di « facoltà naturali », quelle della lotta contro il crimine e la malavita, limitata dall’esterno tramite il diritto (dello stato di diritto). In tal modo viene

(196) *Ibidem.*

(197) *Ibidem.*

(198) *Ibidem.*

implicitamente legittimata e accettata normativamente l'attività 'naturale' della polizia, cioè l'attività della polizia 'in sé'.

Manzini propone un'ulteriore misura di polizia:

« Il Governo inoltre dovrebbe promuovere e favorire la costituzione di quelle benemerite associazioni private, che anno per iscopo di concorrere con la polizia nella lotta contro la delinquenza » ⁽¹⁹⁹⁾.

L'ampliamento dei poteri di utilizzo della forza mortale da parte della polizia e — tramite l'ampliamento dei confini della legittima difesa — dei corpi di polizia privati non basta a Manzini:

« Ma ad altre e più gravi riforme si deve arrivare, per via legislativa, se si vuole veramente ottenere l'intento di un'efficace difesa contro il delitto e contro la malavita, che ne è il putrido vivaio » ⁽²⁰⁰⁾.

La metafora zootecnica del « putrido vivaio » riconduce il delitto, il crimine, ontologicamente alla 'malavita', cioè alle 'classi inferiori'. Il termine 'vivaio' echeggia la natura 'animale' e quindi non propriamente umana, quasi 'subumana' del crimine. L'attributo 'putrido' rimanda alla mancanza di pulizia ovvero alla sporcizia e alla a queste connessa riprovevolezza morale delle classi inferiori. In un ulteriore passaggio Manzini, dopo aver definito ulteriormente la malavita come una « specie di delinquenza abituale e professionale », pone all'ordine del giorno « la questione della segregazione dei malviventi e della purificazione dei grandi centri urbani » ⁽²⁰¹⁾. Di nuovo viene evocata la connessione tra malavita ovvero malviventi e la loro 'sporcizia morale' tramite il sostantivo « purificazione ». Diritto, morale, igiene sociale e religione vengono collegati. Qui Manzini osserva come la misura del domicilio coatto si sia rivelata inadeguata a fronteggiare tale malavita e come vada respinta l'idea di una « pena indeterminata » perché « grossolanamente eclettica ». Il rimedio va cercato al di fuori del diritto penale in senso stretto ovvero in quelli che Manzini chiama « mezzi di polizia »:

⁽¹⁹⁹⁾ *Ibidem.*

⁽²⁰⁰⁾ *Ivi*, p. 12.

⁽²⁰¹⁾ *Ibidem.*

« Bisogna negare la soggettività di diritto penale e provvedere con soli mezzi di polizia, in rapporto a quei delinquenti che, pur non essendo infermi di mente, si rivelano nondimeno refrattari all'inflizione delle condanne e all'irrogazione delle pene » (202).

Secondo Manzini, sulla base dell'esperienza vi sarebbero dunque degli individui incapaci « di osservare i doveri imposti dai comandi penali ». La conclusione è perentoria: tali individui « non possono dunque ritenersi soggetti di diritto penale, ma individui dannosi e pericolosi da eliminarsi con opportune guarentigie » (203).

Come fare per individuare tali « individui dannosi e pericolosi », per poi eliminarli? (!) Qui Manzini si astiene dall'indicare un criterio certo per l'individuazione:

« Non è qui il caso di dire come in pratica debba avvenire la scelta » (204).

La « scelta » deve però avvenire, e Manzini fornisce in ultima analisi un criterio:

« Certo, il loro modo abituale di vita e la recidiva sono ottimi indici di siffatte nature individuali » (205).

Facendo riferimento a dati statistici sulla recidiva, Manzini individua degli individui 'particolarmente recidivi'. Si tratta di « campioni dalle undici alle venticinque e più condanne » che vivrebbero « abitualmente nell'ozio e nel vizio » e sarebbero « pericolosi per le persone o la proprietà ». Con tali individui non funzionerebbero le pene tradizionali. Quale sia il rimedio proposto da Manzini è chiaro nel passaggio immediatamente successivo:

« Per i delinquenti abituali e professionali, che costituiscono il grosso dei camorristi, dei teppisti, dei barabba e di simili criminali infestanti le nostre grandi città, occorre, quindi, un'efficace segregazione di polizia per tempo indeterminato, dopo averne accertato, con apposito e garantito procedimento amministrativo, le condizioni personali » (206).

Due elementi possono essere sottolineati a questo punto. *In*

(202) Ivi, p. 13.

(203) *Ibidem.*

(204) *Ibidem.*

(205) *Ibidem.*

(206) *Ibidem.*

primo luogo torna la metafora della difesa delle “grandi città” contro la malavita ovvero contro l’infestazione da parte della malavita. Da un lato si opera un collegamento implicito al già tematizzato problema della ‘purificazione dei centri urbani’. Qui si viene a proporre implicitamente contro il problema della ‘infestazione’ un tipo particolare di ‘purificazione’ ovvero una ‘disinfestazione’. *In secondo luogo* la metafora dei criminali « infestanti » le città riprende e si collega implicitamente alla metafora della « malavita » come « putrido vivaio ». Si tratta di una ripetizione, di una regolarità degli enunciati che produce come effetto discorsivo una progressiva stigmatizzazione in senso biologicista della criminalità ovvero della « malavita ». Secondo Manzini, i criminali non sono dei soggetti, non sono delle persone: sono piuttosto degli animali o meglio: degli insetti. E come tali vanno trattati, cioè vanno — con le dovute garanzie — « eliminati ». In terzo luogo, va sottolineato come la categoria alquanto vaga della « delinquenza professionale e abituale » venga concretizzata da Manzini nel momento in cui viene sottolineata assieme al vivere « nell’ozio e nel vizio » la pericolosità « per le persone o la proprietà ». In tal modo vengono a assumere particolare rilevanza i reati ovvero la recidiva in reati contro le persone *oppure* contro la proprietà. La proprietà viene così affiancata ai beni della vita, dell’incolumità fisica e della libertà, implicitamente indicati dal termine sintetico « persone » come oggetto altrettanto degno di protezione da parte del diritto penale ovvero delle misure di polizia.

2. *La lotta alla delinquenza per mezzo della legittima difesa (Battaglini).*

La lotta alla ‘criminalità’ ovvero alla ‘delinquenza’ diviene momento centrale nella dogmatica sulla legittima difesa. Nel saggio pubblicato nel 1911, un anno dopo la prolusione di Manzini ⁽²⁰⁷⁾, con il significativo titolo « Il pericolo d’offesa nella legittima di-

⁽²⁰⁷⁾ Dal punto di vista discorsivo, la priorità temporale spetta al saggio di Manzini, che viene tra l’altro espressamente citato da Battaglini. Cfr. G. BATTAGLINI, *Il pericolo d’offesa nella legittima difesa*, in: *Studi e giudicati illustrativi del Codice penale ita-*

fesa » Battaglini provvede a declinare ulteriormente la sua concezione della legittima difesa. La legittima difesa viene a essere posizionata da un punto di vista discorsivo al centro della politica criminale dello Stato:

« La legittima difesa è uno dei temi più interessanti del diritto penale [...]. Ché molte concezioni del diritto penale potranno trasformarsi, ma la possibilità di difesa privata mai nessuno Stato vorrà cancellare dal proprio ordinamento giuridico, perché la sua ragion d'essere cesserebbe sol quando non fosse neppur più necessaria una reazione sociale contro la delinquenza [...]. Ma finché non cesserà il reato, come negazione dell'armonia sociale, lottare contro la criminalità sarà sempre uno dei primi doveri e dello Stato e dei cittadini, in quanto la difesa pubblica e la difesa privata sono due grandi forze cooperanti nella lotta contro la criminalità » (208).

In tal modo Battaglini mobilita difesa pubblica e difesa privata contro l'obiettivo comune: la « delinquenza » ovvero la « criminalità ». Importante è qui il ruolo svolto dalla legittima difesa. Accanto allo Stato, alla « difesa pubblica » viene posizionata la « difesa privata ».

Mentre però la « lotta contro la criminalità » per lo Stato costituisce l'esercizio di un « dovere giuridico », per i « privat[i] » costituisce l'esercizio di un « dovere etico-sociale » ovvero un « dovere etico », che cioè è « privo della particolare imperatività del dovere giuridico » (209).

Rispetto alla concezione sviluppata nel suo libro del 1910 Battaglini opera un'espressa risistemazione concettuale con riferimento alla qualifica della difesa legittima non più come « diritto subiettivo » ma come « possibilità o autorizzazione giuridica riflessa » in capo al « suddito » in forza dell'« obbligo » in capo allo Stato « di non punire l'autodifensore » (210). La legittima difesa diviene uno strumento per la mobilitazione contro la delinquenza a fini di prevenzione dei reati dei « cittadini » ovvero, con implicita evocazione

liano, pubblicati sotto la direzione di Luigi Lucchini, Vol. XX, Torino 1911, pp. 147 ss., nota a p. 153.

(208) Ivi, p. 147 s.

(209) Ivi, p. 150.

(210) Ivi, p. 151.

del rapporto di potere che lega allo Stato sovrano, dei « sudditi ». Con esplicito riferimento all'autore di lingua tedesca von Ferneck Battaglini scrive:

« Lo Stato, riconoscendo ai sudditi la possibilità di difendere con la propria forza i beni giuridici pericolanti, viene a rinforzare considerevolmente i motivi di astensione dal reato, contenuti dalle norme. La possibilità di autodifesa e l'autodifesa effettivamente esercitata operano una prevenzione contro il reato »⁽²¹¹⁾.

Ma come avviene *effettivamente* la prevenzione per mezzo della legittima difesa? Quali effetti ha la legittima difesa sui « delinquenti »?

« L'individuo che delinque è un individuo in cui i motivi della criminalità àno preso il sopravvento sui motivi dell'armonia sociale. Ora, c'è un momento in cui la *lotta* nel suo spirito si combatte tra gli opposti motivi, e i motivi dell'armonia sociale stanno per essere vinti da quelli della criminalità. Una forza inibitrice si oppone a questi ultimi motivi, e li rende deboli nella *lotta* e soccombenti: è la rappresentazione delle conseguenze del torto. E in questa rappresentazione il pericolo d'incorrere nella pena dello Stato si associa a quello d'incorrere nella reazione privata. Pena dello Stato e reazione privata sono i due grandi contromotivi al reato »⁽²¹²⁾.

La *forza* della legittima difesa agisce quindi effettivamente a mo' di *inibizione* sul delinquente, andando ad influire positivamente a favore della società sul *rapporto tra i motivi che si fronteggiano, sul rapporto di forze* che si è instaurato nell'« individuo che delinque ». La legittima difesa trasferisce ovvero collega la « lotta per il diritto » nella società alla « lotta » che si verifica 'all'interno dell'individuo'.

Questo per quanto riguarda la teoria. Quanto alla pratica, ovvero al « funzionamento » della legittima difesa nella società italiana, il bilancio di Battaglini è molto critico:

« Mi duole di riconoscere che, nello stato del suo funzionamento attuale, l'istituto della legittima difesa non eserciti quel potere inibitorio contro i motivi criminali, che di essenza sua possiede.

⁽²¹¹⁾ Ivi, p. 152.

⁽²¹²⁾ *Ibidem*. Corsivo mio.

Il cittadino non va distolto dall'esercizio dell'autodifesa, con la prospettiva di pericoli giudiziari. Altrimenti, la rappresentazione della difesa privata non può operare come contromotivo al reato [...]. Va insomma tolta la timidezza dell'autodifesa e aumentata l'energia privata contro la delinquenza [...]. Bisogna educare gli onesti all'energia e all'attività, se si vuol combattere efficacemente la delinquenza »⁽²¹³⁾.

Riprendendo implicitamente il tema caro a Fioretti e soprattutto a Manzini⁽²¹⁴⁾, Battaglini contrappone « gli onesti » alla « delinquenza ». È compito del diritto penale e soprattutto della legittima difesa agire ovvero « educare » la parte « onesta » della popolazione per la « lotta » contro la parte implicitamente 'disonesta' ovvero 'delinquente'. Una prima proposta, sulla scia di Manzini, è quella di abolire la carcerazione preventiva per chi « secondo ogni verosimiglianza » abbia agito in legittima difesa.

Particolarmente interessante è la giustificazione che Battaglini fornisce per fondare il dovere etico-sociale dei cittadini ovvero dei sudditi di agire in « autodifesa » e quindi di « combattere la criminalità »:

« Approva forse la morale l'uccisione? No, la morale non l'approva. Ma la morale impone di combattere con ogni mezzo l'avvelenamento criminale della società, e a tal uopo anche l'uccisione eticamente è giustificata. Il cittadino à il dovere etico d'impedire il torto criminale; questo dovere adempie magari con l'uccisione dell'aggressore. Non è l'uccisione di per sé imposta dalla morale, ma è imposto dalla morale il fine, che talvolta senza l'uccisione non può essere raggiunto. L'etica sociale non disapprova la massima del Machiavelli: « il fine giustifica i mezzi », in quanto il benessere sociale deve a ogni costo raggiungersi, e la morale impone l'elevazione dei valori della vita umana, e quindi anche la repressione della delinquenza ».

Battaglini pone il problema della giustificazione da un punto di vista della morale dell'uccisione di un essere umano. Essa di per sé *prima facie* non è giustificata sulla base della morale. Ovvero: la

⁽²¹³⁾ Ivi, p. 153.

⁽²¹⁴⁾ *Ibidem*.

morale stessa obbliga allo stesso tempo a combattere « con ogni mezzo » la criminalità ovvero a « combattere con ogni mezzo l'avvelenamento criminale della società ». Tramite la metafora dell'avvelenamento viene evocata l'eventualità ovvero il pericolo della « morte » ovvero del disfacimento della società. Tale pericolo deve essere scongiurato con priorità rispetto al pericolo rappresentato dall'uccisione di un essere umano. Il criterio decisivo è dato implicitamente dalla necessità della prevalenza « a ogni costo » del fine del « benessere sociale ». Rispetto a tale fine, il fine del rispetto della vita umana retrocede. Esso viene implicitamente vanificato, nel momento in cui la sua negazione, ovvero la distruzione della vita umana, diviene, con Machiavelli, un mezzo per il raggiungimento del fine confliggente. Qui la « vita umana » ovvero « l'uomo » della formula kantiana nella tradizione, viene ridotto da fine a mezzo. A questo movimento di affievolimento della tutela del diritto alla vita corrisponde un indebolimento dell'importante requisito di fattispecie dell'art. 49 Cod. Zanardelli della « violenza ». Questo viene di fatto equiparato a un « pericolo d'offesa ». Battaglini procede in primo luogo a formulare una 'teoria generale della legittima difesa' *in nuce*. Partendo da una metafora presa dalla medicina, Battaglini colloca la legittima difesa all'interno di un'ottica di prevenzione:

« Tutti quei mezzi che si impiegano prima che un male avvenga, affinché esso non avvenga, nel diritto e fuori del diritto sono i migliori. Che io mi guardi da una malattia è sempre meglio che io mi faccia curare la malattia [...]. Così i beni giuridici sono meglio salvaguardati mediante l'impedimento che non mediante la rimozione o la riparazione dell'offesa, anche quando queste siano effettivamente possibili » ⁽²¹⁵⁾.

Il riferimento alla prevenzione permette a Battaglini di ampliare l'ambito della difesa da un punto di vista temporale e spaziale e affermare in generale che « nello Stato ordinato secondo il diritto » è lecita ovvero « giuridicamente possibile » la « reazione difensiva individuale » nei confronti di un « pericolo d'offesa imminente » che

⁽²¹⁵⁾ Ivi, p. 154.

lo Stato non sia in grado di impedire ⁽²¹⁶⁾. Per neutralizzare la lettera dell'art. 49 Cod. Zan. Battaglini scrive:

« Il legislatore [...] non parla di pericolo [...]. Ma necessità di respingere una violenza attuale e ingiusta non vuol dire altro che necessità di impedire un ingiusto danno, che attualmente ne sovrasta, ossia necessità di resistere e di opporsi al pericolo di un'ingiusta offesa imminente. Così deve intendersi l'art. 49 n. 2 cod. penale » ⁽²¹⁷⁾.

« Violenza ingiusta » e « danno ingiusto » vengono equiparati al « pericolo di un'ingiusta offesa ». La smaterializzazione del requisito della violenza è così avvenuta. La concezione proposta da Battaglini permette di pensare come legittima la difesa di qualsiasi bene giuridico. Il dato normativo positivo è però chiaramente vincolante per Battaglini. Egli determina con riferimento a quali beni possa aversi una legittima difesa secondo il diritto italiano, escludendo espressamente la « difesa dei beni », salvo il caso in cui « all'attacco contro i beni sia connesso un pericolo per la persona ». I casi di cui all'art. 376 vengono inoltre considerati da Battaglini come tassativi. Quanto alla nuova questione degli *offendicula* contro i ladri notturni, Battaglini ritiene coperta dall'art. 376 n. 2 la difesa mediante apparecchi automatici nei confronti del ladro che per entrare nella casa nottetempo scali, rompa ovvero provochi un incendio. Al di là di queste ipotesi tassative l'uccisione del ladro notturno che sia entrato senza « bisogno di rompere o di scalare » non sarebbe coperta dalla disposizione sulla legittima difesa e resterebbe punita ⁽²¹⁸⁾.

⁽²¹⁶⁾ *Ibidem*.

⁽²¹⁷⁾ *Ivi*, p. 155.

⁽²¹⁸⁾ *Ivi*, p. 169. Si vedano anche le osservazioni favorevoli all'ampliamento della legittima difesa a tutela della proprietà formulate da Silvio Longhi nel suo *Repressione e Prevenzione nel diritto penale attuale*, Milano 1911 p. 116: « La tendenza della riforma si manifesta [...] nel senso di accordare una tutela sempre più larga a salvaguardia dei beni, come ad ogni altro diritto, sottraendo il principio a quel concetto erroneo e vano della *reparabilità*, da cui principalmente deriva la ragione dell'esclusione della difendibilità diretta dei beni ». Corsivo nel testo originale.

E. L'OFFENSIVA ANTIDEMOCRATICA DELLO STATO FASCISTA.

I. *Il progetto Rocco del 1927: il diritto a uccidere in legittima difesa.*

Nel 1921 viene presentato il progetto Ferri. La difesa legittima è disciplinata nel titolo II del libro I, dedicato alla disciplina de « Il delinquente », al capo I « Della responsabilità ». Qui l'art. 19 recita con riferimento alla legittima difesa, senza mutamenti particolari rispetto alla norma generale dell'art. 49 del Codice Zanardelli:

« Il fatto è giustificato, agli effetti penali, quando sia compiuto [...] per la necessità di difendere sé od altri da una violenza attuale ed ingiusta »⁽²¹⁹⁾.

Diverso è il caso del codice Rocco, proposto nel 1927. In sei anni è successo molto. Nel 1922, un anno dopo la presentazione del Progetto Ferri, le squadre fasciste marciano su Roma, prendendo di fatto il controllo dell'apparato statale italiano. Il Re rinuncia infatti a reprimere il colpo di stato e nomina Mussolini Capo del Governo. In pochi anni la « rivoluzione fascista » si compie. Nel 1924 viene ucciso il deputato Giacomo Matteotti, che aveva tra l'altro osato denunciare in Parlamento le violenze sistematiche operate dalle squadre fasciste durante la campagna elettorale a scopo di intimidazione. Mussolini si assume in un discorso al Parlamento la responsabilità politica dell'accaduto. Nel 1925 con un disegno di legge il Governo fascista chiede al Parlamento per delega la facoltà di *emendare* il Codice penale Zanardelli. Nel luglio 1925 viene picchiato con estrema durezza Amendola, « il più considerevole capo dell'opposizione parlamentare dopo l'eliminazione di Matteotti »⁽²²⁰⁾. Amendola morirà per le conseguenze del pestaggio qualche mese dopo. Il 26 novembre 1925 viene promulgata la legge n. 2029 sulle associazioni segrete, che ha per oggetto principale il divieto di associazioni segrete e in particolare della Massoneria. Nella

⁽²¹⁹⁾ *Progetto preliminare di Codice penale per i delitti (Libro I)*, in: « La Scuola Positiva, Rivista di diritto e procedura penale », Nuova serie, I, 1921, Parte prima, p. 136. Cfr. GROSSO, *Legittima difesa*, cit., p. 28.

⁽²²⁰⁾ D. MACK SMITH, *Storia di cento anni di vita italiana visti attraverso il Corriere della Sera*, Milano 1978, p. 289.

tornata di discussione alla Camera dei Deputati del 28 novembre 1925 viene esaminato il disegno di legge « Modificazioni ed aggiunte alla legge 13 giugno 1912, n. 555, sulla cittadinanza », detta « legge sui fuoriusciti ». Essa toglie la cittadinanza agli oppositori del Regime all'estero e introduce il sequestro ed eventualmente la confisca dei loro beni. Qui il Ministro della Giustizia Alfredo Rocco fa valere una sorta di 'difesa legittima' da parte dello Stato ovvero della Nazione nei confronti dei 'fuoriusciti':

« È bene [...] togliere ogni dubbio in proposito: il cittadino postosi volontariamente fuori della compagine della Nazione, perde ogni titolo, ogni diritto, che gli possa derivare dalla Nazione (Vive approvazioni). Onorevoli colleghi, questa legge non è legge di persecuzione, è *legge di difesa*, e come tale bisogna considerarla, *legge di difesa resa necessaria* dal comportamento indegno di alcuni malvagi cittadini. Essa significa che la Nazione distingue tra gli innumerevoli italiani che all'estero tengono alto il nome del loro Paese, e sono la immensa maggioranza, e la piccola minoranza di politici inciditi, di pseudointellettuali, di avventurieri che fuori dell'Italia tramano contro l'Italia. Costoro non sono italiani, come non lo sono più nell'animo, così non lo debbono essere più nelle leggi » (221).

Gli oppositori fuggiti all'estero si sono messi « volontariamente fuori della compagine della Nazione ». Essi hanno cioè implicitamente violato le regole che li vincolano alla Nazione e che in quanto tale conferiscono loro la qualifica di « cittadini italiani ». Contro di loro viene utilizzata una « legge di difesa », la cui giustificazione è la « necessità ». Sono, implicitamente, degli « aggressori ingiusti ». Il loro diritto alla vita stesso è entrato in una situazione di forte pressione dal punto di vista argomentativo. Resta loro solo quella che con Giorgio Agamben può essere definita la « nuda vita ». Sono di fatto entrati nello spazio dell'eccezione, nell'ambito in cui la decisione sovrana del Governo può disporre della loro « nuda vita » (222). Il disegno di legge viene approvato come legge

(221) Alfredo ROCCO, *Discorsi parlamentari*, Bologna 2005, p. 242. Corsivo mio.

(222) Cfr. Giorgio AGAMBEN, *Stato d'eccezione*, Torino 2003, in particolare p. 95 s., p. 112 s.

n. 108 il 31 gennaio 1926. Il diritto penale risulta sempre più accessibile nei suoi punti cruciali al discorso della « necessità » e della « guerra ».

Il 17 dicembre 1925 durante la discussione al Senato del disegno di legge « Delega al Governo del Re della facoltà di emendare il Codice Penale, il Codice di Procedura penale, le leggi sull'ordinamento giudiziario e di apportare nuove modificazioni e aggiunte al codice civile » torna la « necessità » ovvero la « difesa » politica, questa volta non all'intersezione tra politica e diritto costituzionale ovvero pubblico, ma tra politica e diritto penale. Il ministro Alfredo Rocco tematizza la questione della reintroduzione della pena di morte, declinandola in termini di « necessità di difesa della società contro i delinquenti »:

« [...] bisogna anche rendersi conto delle supreme *necessità di difesa della società contro i delinquenti*; e purtroppo alcuni recenti fatti hanno dimostrato che la repressione penale non è quale dovrebbe essere, ed anche quale è reclamata dalla coscienza pubblica. Cito alcuni orribili delitti commessi su innocenti bambini a Roma e in altre città, per i quali, come per altre forme gravi di delinquenza di sangue, a molti sembra pena inadeguata perfino lo stesso ergastolo. In verità, è mia opinione che questo problema della pena suprema, che sembrava definitivamente risolto, sia da considerare ancora aperto. Ciò significa che in occasione della Riforma del Codice penale, si debba seriamente considerare se non convenga, come è avvenuto in altri Paesi, dopo l'esperimento dell'abolizione, ripristinare la pena di morte » (223).

Alfredo Rocco passa quindi a evidenziare le caratteristiche positive della pena di morte:

« Praticamente è certo che la pena di morte sia la più perfetta delle pene. Essa realizza infatti al massimo grado la funzione intimidatrice e quella eliminativa della pena [...] » (224).

Un difetto della pena di morte è però che contro di essa « vi

(223) Alfredo ROCCO, *Discorsi*, cit., p. 264. Corsivo mio. In dettaglio sulla reintroduzione della pena di morte e sulla sua concreta applicazione cfr. G. TESSITORE, *Fascismo e pena di morte Consenso e informazione*, Milano 2000, in particolare pp. 93 ss., pp. 113 ss.

(224) *Ibidem*.

sono molti preconcetti dottrinali ». Che cosa intenda Rocco per « preconcetti dottrinali » può essere compreso considerando quanto Rocco dice subito di seguito:

« [A]nzi dirò che le difficoltà maggiori e le obiezioni più gravi vengono appunto dalle dottrine fino a ieri dominanti in Italia. Ed in verità, l'obbiezione veramente decisiva contro la pena capitale rimane per sempre quella desunta dal principio che l'uomo, il quale è fine, non può mai essere assunto al valore di mezzo. Nella pena di morte si sopprime la personalità umana per realizzare quella funzione di intimidazione e di prevenzione generale che è l'essenza della pena. Vale a dire, l'uomo è considerato come semplice mezzo o strumento per la realizzazione di un interesse sociale. È questa una obiezione di indole teorica grave, e che non può essere evitata e sfuggita se non negando i principi su cui essa si basa, che sono i principi fondamentali della filosofia individualistica. L'inventore della formula "l'individuo che è fine, non può essere assunto al valore di mezzo" fu infatti Emanuele Kant. È dunque lo stesso pensiero liberale che si ricollega a questa dottrina. Era perciò assai difficile respingere, nel campo della legislazione, le conseguenze di un principio che si accettava senza contrasto nel campo della politica e della filosofia » (225).

A questo punto Rocco ha preparato il campo per la contro-argomentazione, per il capovolgimento di un argomento come quello kantiano che lui stesso definisce una « obiezione di indole teorica grave ». È quindi molto interessante notare che tipo di via argomentativa viene percorsa da Rocco. Si tratta di una via niente affatto filosofico-giuridica o filosofico-politica, ma politica *tout court*, nel senso più forte del termine, che si articola in due passaggi argomentativi. Rocco non ha più bisogno di affiancare all'argomentazione giuridica una di carattere etico-morale e ricorrere come Battaglini a Machiavelli. Il primo passaggio è il seguente:

« Ma oggi la situazione è profondamente mutata. La rivoluzione intellettuale, che ha seguito la rivoluzione politica dell'ottobre 1922, ha rovesciato i termini del problema dei rapporti tra individuo e società, quali li poneva la dottrina liberale-democratica-socia-

(225) Ivi, p. 264 s. Corsivo mio.

lista già dominante. Noi crediamo che l'individuo sia mezzo e non fine, che la società abbia fini suoi propri, che trascendono la vita dell'individuo, e a cui i fini individuali debbono subordinarsi. Questa ipotesi, che sembrava assurda alla filosofia dell'individualismo, che l'individuo sia assunto al valore di mezzo, noi la riconosciamo essere perfettamente possibile e normale, e come l'unica atto a spiegare certi grandi fenomeni della vita sociale, che la dottrina liberale non spiega che come assurde degenerazioni o mostruose pagine: ad esempio, la guerra.

La guerra è infatti l'esempio più grandioso di sacrificio della vita degli individui ad un fine più alto, alle necessità storiche ed immanenti dello Stato e della Nazione. Ora, se questo sacrificio totale della vita si impone a uomini che nulla hanno da rimproverarsi, a cittadini esemplari, perché lo stesso sacrificio non potrà imporsi ai delinquenti, i quali, certo, non meritano la stessa pietà e la stessa considerazione, per le necessità sociali dell'intimidazione e della eliminazione? Se è assunto al valore di mezzo il soldato, perché non potrà esserlo il reo? Io credo pertanto che questo problema della pena di morte non sia, come molti credono, esaurito, ma sia una questione ancora aperta che debba, con la dovuta ponderazione, discutersi e risolversi nella preparazione del nuovo Codice » (226).

Qui i confini tra guerra, politica e diritto saltano. La 'dedifferenziazione' è notevole. La politica e la guerra invadono l'ambito del diritto e lo colonizzano ovvero lo espugnano. Il liberalismo come pensiero politico posto a fondamento del diritto penale liberale viene letteralmente ribaltato: l'uomo non è più fine, ma semplicemente mezzo. Questo viene fondato dal punto di vista politico e quindi intellettuale tramite il *topos* della « rivoluzione ».

Sempre nel 1925 Silvio Longhi evoca nuovamente la guerra nella discussione sulla pena di morte:

« Cade il condannato quasi come in una battaglia: la battaglia della vita, comunque vissuta e combattuta. Essa [l'esecuzione] agisce contro i delinquenti che hanno profondamente e largamente offesi gli interessi della Nazione e dei consociati, perché la Patria dev'essere difesa con tutti i mezzi che le circostanze richiedono dai

(226) Ivi, p. 265.

nemici di ogni sorta che sorgono in guerra contro di lei, di dentro e di fuori » (227).

Questa volta, seppure con l'attenuazione dell'avverbio « quasi » viene trasformata dal punto di vista discorsivo la vita stessa in una battaglia, con von Jhering: in un *Kampf*, dove implicitamente conta la legge del vincitore contro la legge del vinto.

Il 24 dicembre 1925 viene emanato dal Governo un decreto legge in forza del quale è introdotta la possibilità di rimuovere dal servizio i funzionari statali che non forniscano « per ragioni di manifestazioni compiute in ufficio o fuori d'ufficio piena garanzia di un fedele adempimento dei loro doveri o si ponessero in condizioni di incompatibilità con le generali direttive politiche del Governo » (228).

Nel 1926 viene approvato il testo unico di pubblica sicurezza. In esso vengono introdotte tra l'altro le nuove fattispecie penali dell'« espatrio abusivo » ovvero del *tentativo* di espatrio determinato « dal motivo politico » (229). Nel 1926 si compie l'ennesimo attentato, il terzo, alla vita di Mussolini. La richiesta dell'introduzione della pena di morte a protezione del « potere sovrano » è sempre più intensa. Paradigmatico è quanto scrive Giuseppe Bottai il 15 settembre in *Critica fascista* nell'articolo di fondo « Per la difesa del regime »:

« Il terzo attentato alla vita del Capo del Governo si inquadra in un sistema di lotta contro il Regime Fascista [...] il Fascismo, ferreamente difeso dalla sua stessa opera ricostruttiva, che lo perpetua nelle leggi, negli ordinamenti, nelle istituzioni, non offre oggi ai suoi avversari altro punto debole e vulnerabile che la vita del suo Capo.

(227) S. LONGHI, *Di taluni corollari della pena di morte*, in: ID., *Anticipazioni della riforma penale*, Milano 1931, 113 ss., 122. Cfr. qui M. SBRICCOLI, *Le mani in pasta e gli occhi al cielo*, in: « Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 1999, pp. 834 ss. Sbriccoli osserva giustamente: « Questa era la cultura penale che aveva preso il potere in Italia. Con questa cultura i giuristi eredi della tradizione di Carrara e Beccaria avrebbero dovuto misurarsi » Ivi, p. 835.

(228) Cit. in: G. BOATTI, *Preferirei di no Le storie dei dodici professori che si opposero a Mussolini*, Torino 2001, p. 21.

(229) Si veda G. NEPPI-MODONA, M. PELLISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in: *Storia d'Italia, Annali 12. La criminalità*, a cura di L. VIOLANTE, Torino 1997, p. 757 s., p. 773.

Su quel punto si colpisce: la vita di Mussolini è oggi il prezzo della lotta » (230).

La conseguenza per Bottai è chiara:

« La Rivoluzione deve difendere la vita del Suo Capo rivoluzionarmente: la pena di morte è il caposaldo logico di tale difesa ».

Da questo « caposaldo logico » segue tutta una serie di corollari. Il primo è dato dal rifiuto, in nome della necessità della *vita* di Mussolini per il regime fascista e per lo Stato italiano, di lunghe argomentazioni e della relativa implicita esortazione al passaggio all'azione:

« Ogni disquisizione teorica è inutile. L'ombra di Beccaria non ci turba. La pena di morte miete teste e strozza gole nei Paesi più democratici del mondo. La democrazia non c'entra. E non c'entrano neppure il progresso, la civiltà moderna, l'umanità etc. etc. Quel che conta è questo: Mussolini è il Capo di una Rivoluzione che non vuole essere stroncata e deve essere tutelato contro ogni pericolo. Coloro che credono di condannarlo a morte affrontino essi stessi la morte » (231).

Dal punto di vista giuridico questo significa per Bottai che « la pena di morte deve diventare una legge dello Stato, una legge organica, che contempra tutti i casi di attentati contro le persone di coloro che rivestono la suprema autorità dello Stato ». Deve insomma tornare il *crimen laesae maiestatis*. La sanzione o la minaccia per il caso in cui non si reintroduca la pena di morte per coloro che attentino alla persona dei detentori del potere viene intravista da Bottai nella possibilità di un'escalation di violenza da parte dei fascisti:

« Il sistema difensivo del Regime deve essere compiuto, se non si vuole che l'impeto della Rivoluzione straripi nel desiderio irrefrenabile della sacrosanta vendetta » (232).

Il quotidiano fascista « L'Impero » lancia una campagna stampa chiedendo a importanti giuristi di pronunciarsi sulla legittimità o

(230) « Critica Fascista », IV, 18, 15 settembre 1926.

(231) « Critica Fascista », IV, 18, 15 settembre 1926.

(232) « Critica Fascista », IV, 18, 15 settembre 1926. Si veda qui in dettaglio I. MEREU, *La morte come pena*, Roma 2000, pp. 194 ss.

meno della pena di morte: Arturo Rocco, Vincenzo Manzini, Garofalo e altri si esprimono con variî argomenti a favore⁽²³³⁾. In questo contesto può essere considerata come paradigmatica del nuovo clima giuspenale l'opinione di Arturo Rocco. Nel suo articolo su « L'impero » del 7 ottobre 1926 Arturo Rocco sottolinea come il fondamento razionale della pena di morte sia la *necessità*. Dopo aver citato numerosi esempi nella storia recente di ordinamenti giuridici che, dopo aver soppresso la pena di morte, l'hanno reintrodotta e sostenuto che « il movimento favorevole al ristabilimento della pena capitale in Italia » sarebbe « tutt'altro che recente » e risalirebbe all'uccisione del Re (il « nefando eccidio di Monza ») nel 1900, Rocco osserva:

« Ma la pena di morte non ha solo per sé il suffragio della storia. Essa ha anche il suffragio della ragione. Il problema della pena capitale, infatti, non è un problema filosofico o un problema giuridico che possa essere risolto — come spesso si è tentato di fare — su la base di ragionamenti teorici e metafisici e di deduzioni logiche astratte e aprioristiche. Esso è un problema pratico, un problema di *necessità* sociale e politica. Necessità dell'estremo suppli-

(233) Si vedano qui MEREU, *Pena*, cit., pp. 196 ss.; TESSITORE, *Fascismo*, cit., p. 153 ss.; Tessitore parla qui di « colpevole agnosticismo » e « servilismo » da parte della dogmatica giuridica italiana. Ivi, p. 153, p. 156 (con riferimento a Enrico Ferri). Può essere segnalato qui quanto scrive nel settembre 1926 Silvio Longhi a proposito di un suo decisivo incontro con Mussolini: « Ho sempre vivo nella memoria il colloquio per mia ventura avuto con Colui che di lì a poco doveva divenire il Capo del nuovo regime. Gli espose la opportunità di enunciare, nel programma di riforme che i gruppi di competenza venivano elaborando, la inserzione nel codice penale (è ciò che si farà) delle misure di sicurezza: soprattutto quella che elimina in perpetuo dalla vita sociale i delinquenti più pericolosi, abituali o istintivi. « Non basta. Egli interruppe allora (e gli occhi gli scintillavano di luce ancor più viva). Non basta. Per i malfattori del Diana non vi è che la pena di morte ». Il colloquio finì lì: ed io compresi che nell'affermazione era assai più sentimento di pietà che non nel fiacco umanitarismo onde vanno tronfi gli abolizionisti. E da quel momento fui un convertito. Non si rinnega con ciò la tradizione, ma si rivede e si adatta alle sempre nuove contingenze dei tempi quella dottrina di proporzione e di limiti che il genio italiano ha scolpita nelle tavole delle nostre leggi ». S. LONGHI, *Della pena di morte*, in: ID., *Anticipazioni della riforma penale*, Milano 1931, 109 s., 111 s.

zio per la conservazione e la *difesa* della Nazione e dello Stato e insufficienza, a tal fine, delle altre pene » (234).

A quali condizioni è da ricondurre tale necessità? Qui la risposta di Arturo Rocco è chiara:

« Questa necessità è essenzialmente contingente e variabile: muta da luogo a luogo e da tempo a tempo: varia da Stato a Stato e da momento a momento storico in uno stesso Stato. Essa può cessare e rinascere e poi morire e rivivere ancora... Questa necessità è avvertita sopra tutto dall'oscuro istinto della razza e negli strati più profondi della coscienza nazionale. E questa necessità si sente, più assai che non si dimostri » (235).

Se allora la necessità, similmente a un essere dalle molte vite, vive, muore e rinasce, allora da dove viene? Chi pone la necessità? Chi le dà vita e gliela toglie successivamente? Si può trattare qui della sola costante discorsiva ovvero dello Stato. Lo Stato è l'ente, il soggetto cui la necessità viene implicitamente causalmente ricondotta. In esso agiscono « l'oscuro istinto della razza » e gli « strati più profondi della coscienza nazionale » come organi sensori della « necessità ». Lo Stato è quindi strutturalmente perlomeno (anche) « oscuro istinto della razza » e « coscienza nazionale » e quindi « Nazione ».

Il fondamento giuridico, sociale, politico, ovvero la *ragione* della *necessità* è quindi implicitamente l'ente *necessario*, lo *Stato* nella specie della sua ragione, la sua particolare *ragion di Stato*, specificata in termini ontologici come « coscienza nazionale » e « oscuro istinto della razza ». L'espressione « oscuro istinto » evoca una facoltà non razionale, di carattere emozionale, in senso psicologico "rimossa". In modo simile, della « coscienza nazionale » rilevano gli « strati più profondi » e quindi il livello meno cosciente, meno accessibile e improvvisamente emergente. Contro una tale necessità non valgono i « ragionamenti teorici e metafisici » ovvero le « argomentazioni dialettiche astratte » e nemmeno le « constata-

(234) Arturo Rocco, *Sul ripristino della pena di morte*, pubblicato in « L'Impero », 7 ottobre 1926, ristampato in: Arturo Rocco, *Opere giuridiche, Scritti giuridici vari*, Roma 1933, Vol. III, p. 545, p. 549 s. Corsivo mio.

(235) Ivi. p. 550.

zioni statistiche » sulla efficacia della pena di morte in relazione alla sua abolizione o alla sua reintroduzione:

« Accumulare, in omaggio alla moderna deità statistica, dati su dati [...] serve altrettanto poco a dimostrare la non necessità, o, al contrario, la necessità — sociale e politica — della pena di morte, quanto poco servirono, e servono tuttora a tal fine, le elucubrazioni metafisiche e dialettiche dei nostri più antichi scrittori, quando si lambiccavano il cervello a discutere sulla contrarietà o conformità, della pena di morte alla religione o alla morale, o all'umanità o alla civiltà, o alla giustizia o al diritto naturale ovvero sulla contrarietà o conformità della pena capitale agli "scopi" astratti della pena [...] oppure ai requisiti teorici della pena medesima [...] » ⁽²³⁶⁾.

Le argomentazioni basate sulla religione, sulla morale, sull'umanità, civiltà, giustizia e sul diritto naturale vengono escluse dal campo discorsivo. Questo viene dominato dalla « necessità sociale e politica »:

« No. La questione è tutta nel vedere se in un dato Stato, in un dato momento storico, la coscienza pubblica senta ed avverta, almeno per certi più gravi delitti, la suprema necessità sociale e politica della pena capitale. La "giustizia" della pena di morte sta tutta nella sua variabile necessità, anzi, nella variabile coscienza collettiva della sua necessità » ⁽²³⁷⁾.

Dopo aver posizionato la sua concezione all'interno del « tutto scorre » di Eraclito, secondo il quale « la sola realtà sta[rebbe] nel flusso perenne del mutamento », Rocco ricorda inoltre come non vi sia la « giustizia » ma l'« opinione della giustizia », la *doxa* quindi, riconducibile alla volontà della maggioranza ⁽²³⁸⁾. Rocco provvede inoltre a ricollegarsi implicitamente dal punto discorsivo a quanto aveva già sostenuto l'anno precedente il fratello Alfredo e Silvio Longhi che aveva paragonato la posizione del condannato a morte a quello del soldato caduto in battaglia:

« Del resto, perché mai la coscienza sociale dovrebbe turbarsi di fronte al necessario sacrificio della vita dei delinquenti, se essa

⁽²³⁶⁾ Ivi, p. 550 s.

⁽²³⁷⁾ Ivi, p. 551.

⁽²³⁸⁾ *Ibidem*.

non si turba di fronte al necessario sacrificio della vita degli uomini onesti? Perché mai, nei casi di guerra esterna o di guerra civile e in ogni altro “stato di necessità” individuale e sociale, dovrebbe essere socialmente consentito di imporre ai *cittadini innocenti* il dovere giuridico di morire nell’interesse della Patria, e dovrebbe ritenersi, invece, socialmente illecito e riprovevole imporre quella stessa *obligatio moriendi* a criminali autori di delitti gravissimi, — per giunta, con la formale garanzia di un giudizio legale — quando essa sia richiesta dalle indispensabili *necessità di vita e di difesa* dello Stato contro il pericolo sociale della delinquenza? Deve, dunque, la superstizione di un falso sentimentalismo, prevalere su le *necessità di vita* di una Nazione? »⁽²³⁹⁾.

In tal modo la contrapposizione tipica tra « uomini onesti » e « delinquenti » viene declinata con riferimento alla guerra e a (l’ampia categoria di) ogni « altro stato di necessità »: gli « uomini onesti » ovvero i « cittadini innocenti » vengono addirittura mandati a morire. *A fortiori* debbon poter essere mandati a morire ovvero uccisi i « delinquenti », per contrapposizione con i « cittadini innocenti » per definizione « colpevoli ». Se la « vita innocente » viene sacrificata, a più forte ragione si sacrificherà la « vita colpevole ». La *necessità* ovvero più specificatamente la *necessità di vita* dello Stato ovvero della Nazione prevale ‘necessariamente’ sul diritto alla vita del ‘delinquente’ condannato a morte. Da una parte quindi vi è (il diritto a) la vita della Nazione, dall’altra quello del delinquente. L’ambito della necessità nel diritto penale ovvero con riguardo alla pena di morte è notevolmente ampio. Nella chiusura del suo articolo, Rocco arriva addirittura a costruire un vero e proprio monopolio speciale della politica a scapito della scienza del diritto in tema di pena di morte:

« Quanto ai casi di applicazione della pena di morte (se debba essa limitarsi ai soli e più gravi delitti politici o ai soli e più atroci delitti comuni o estendersi agli uni e agli altri insieme e a quali fra essi) e così pure quanto al modo di esecuzione della pena capitale, all’organo giudiziale cui deve esserne deferita l’applicazione, alle forme del procedimento e del giudizio e via dicendo, sono que-

⁽²³⁹⁾ Ivi, p. 551 s. Corsivo mio.

stioni particolari di politica legislativa penale che debbono essere riservate, io penso, al senno politico del Governo e del Parlamento. I quali sapranno — anche questa volta — rendersi interpreti sicuri e fedeli della coscienza giuridica della Nazione italiana » ⁽²⁴⁰⁾.

Con il solo estremamente vago limite implicito dell'applicazione ai più gravi delitti, politici o comuni, viene qui applicato con rigore il principio « necessità non ha legge ». A decidere della conformazione legale, della *legge* della pena di morte, sia dal punto di vista del diritto sostanziale che dal punto di vista del diritto processuale, sono chiamati solo « Governo e Parlamento » come « interpreti... della coscienza giuridica della Nazione italiana ». In tal modo la necessità sociale e politica invade ed espugna il campo del diritto: si fa necessità giuridica. Questo è diritto penale politico totale. In concreto: al Duce, al suo Governo e al Parlamento è rimesso il potere assoluto di decidere dell'introduzione della pena di morte e delle sue modalità.

Il 9 novembre 1926 Mussolini presenta alla Camera il progetto di legge chiamato, con semantica da *difesa* legittima o da stato di eccezione, « Provvedimenti per la difesa dello Stato ». Esso verrà approvato il 25 novembre 1926 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 6 dicembre 1926, n. 281. Viene reintrodotta un ampio *crimen laesae maiestatis* per la durata di cinque anni. L'intenzione è quella di combattere l'opposizione politica, ridotta a 'criminalità'. Nel dibattito al Senato poco prima dell'approvazione Alfredo Rocco dice con franchezza:

« venti milioni di italiani, iscritti al partito, alla milizia, alle organizzazioni giovanili, alle corporazioni, sono inquadrati sotto le insegne del Littorio. Le opposizioni sono frantumate. *Politicamente* esse non esistono più. Ma appunto perché la lotta contro il regime, battuta sul terreno politico, si è ripiegata sul terreno della criminalità, occorrono mezzi speciali per combatterla sul terreno che essa ha scelto: occorrono cioè le leggi penali e di polizia » ⁽²⁴¹⁾.

A conoscere di tali reati invece della Corte d'Assise viene istituito il Tribunale speciale per la difesa dello Stato, con una compo-

⁽²⁴⁰⁾ Ivi, p. 552.

⁽²⁴¹⁾ Alfredo Rocco, citato da TESSITORE, *Fascismo*, cit., p. 143. Corsivo mio.

sizione a carattere prevalentemente militare o paramilitare ⁽²⁴²⁾. I membri sono di nomina del Ministro della Guerra. Dal 1931 verranno nominati dal Capo del Governo ⁽²⁴³⁾. In tal modo viene vanificato il principio di separazione tra i poteri dello stato. Predominano i tratti di una giustizia politico-militare ⁽²⁴⁴⁾. Il Tribunale arriverà a pronunciare 42 condanne a morte, di cui 31 verranno eseguite ⁽²⁴⁵⁾.

Un anno dopo, nel 1927, cinque anni dopo la presa del potere da parte del regime fascista, viene presentato il progetto preliminare ⁽²⁴⁶⁾. Questa volta tocca alle condizioni di legittimità della ‘difesa’ violenta non da parte dello Stato, ma da parte dei privati. La legittima difesa è regolata all’art. 54:

« Non è punibile colui che ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un’offesa grave e ingiusta ».

Lo spostamento rispetto alla formulazione del codice Zanardelli è notevole. Viene recepita la concezione di Battaglini. Il requisito della ‘*violenza* attuale e ingiusta’, che escludeva l’aggressione ai beni, viene sostituito dal requisito del ‘pericolo attuale di un’*offesa* grave e ingiusta’. L’ambito dell’aggressione viene in tal modo ampliato. Ora il tipo di diritti aggrediti non è più rilevante. Vita, integrità fisica, onore, beni ricadono tutti sotto la previsione del nuovo articolo in quanto « diritti » sui quali incombe il « pericolo attuale di un’offesa grave e ingiusta ». Unico residuo dell’attenzione ai beni giuridici in conflitto è la predicazione dell’offesa come « grave ».

II. *Irritazioni e resistenze.*

Nei confronti della disposizione proposta si articola una certa resistenza nel corso della discussione che segue il progetto Rocco.

⁽²⁴²⁾ Si veda qui G. NEPPI-MODONA, M. PELLISSERO, *La politica*, cit., p. 770 s.

⁽²⁴³⁾ Ivi, p. 772 s.

⁽²⁴⁴⁾ *Ibidem*: « Giustizia politica che opera con strumenti di carattere militare ».

⁽²⁴⁵⁾ M. SBRICCOLI, *Mani in pasta*, cit., p. 835.

⁽²⁴⁶⁾ *Progetto preliminare di un nuovo codice penale*, Roma, ottobre 1927.

1. *Magistratura, università e ordini professionali.*

Innanzitutto sono da considerare le critiche svolte al progetto nell'ambito della discussione fatta partire e poi recepita in forma di volume dal Ministero stesso. Si tratta delle indicazioni provenienti dalla magistratura, dalle università e dagli ordini degli avvocati, raccolte sinteticamente nei lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale editi dal Ministero di Giustizia ⁽²⁴⁷⁾. Esse sono indicazioni prevalentemente negative.

In primo luogo è da registrare la reazione della Magistratura. Il dissenso della Corte di Cassazione è netto. Nelle sue osservazioni, approvate nell'assemblea plenaria del 21 dicembre 1927 ⁽²⁴⁸⁾, il relatore, il consigliere Marongiu esordisce sottolineando come la norma in questione abbia sotto il profilo pratico « importanza di gran lunga superiore a quella di ogni altra più discussa norma » ⁽²⁴⁹⁾. Questo dipenderebbe dal fatto che tale norma è « destinata alla più larga applicazione ». Marongiu riconnette la nuova disposizione a quella altrettanto nuova e da lui egualmente da criticata della scriminante in forza dell'esercizio del diritto, criticandole sotto il profilo della mancata differenziazione tra i beni giuridici protetti:

« Tanto nell'una, quanto nell'altra norma, nessuna limitazione è contenuta in ordine alla natura del diritto da esercitare o da difendere: il concetto di necessità è bensì una delle limitazioni alla facoltà di difesa, ma essa si riferisce ugualmente a qualsiasi diritto » ⁽²⁵⁰⁾.

Un'analogha preoccupazione lo porta poi a leggere sistematica-

⁽²⁴⁷⁾ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. III, *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice penale, Parte 1, Art. 1-80*, Roma 1928.

⁽²⁴⁸⁾ La relazione della Cassazione viene pubblicata per esteso nel Vol. XXXIV (IV della 4. Serie) del 1928 della « Giustizia penale » nonché assieme ai pareri delle Corti d'Appello, degli Ordini degli avvocati e delle Università a cura del Ministero della Giustizia e degli affari del Culto, nei Lavori preparatori del Codice penale e del codice di procedura penale, articolo per articolo. Di seguito si citerà da quest'ultima versione.

⁽²⁴⁹⁾ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Osservazioni*, cit., p. 394.

⁽²⁵⁰⁾ *Ibidem*.

mente le due disposizioni in ulteriore connessione con quella sul delitto di ragion fattasi di cui agli artt. 399 e 400 del progetto.

Secondo Marongiu l'interpretazione di tali norme porterebbe « facilmente all'ammissione della difesa privata per qualsiasi diritto offeso »⁽²⁵¹⁾.

A questo punto l'argomentazione di Marongiu si sviluppa espressamente su due piani: quello filosofico e quello giuridico.

Accogliere una tale concezione normativa significherebbe fare « un salto indietro, fino ad accogliere concezioni antiquate, come quella del famoso contratto sociale ».

Qui Marongiu fa una ricostruzione "molto audace" della teoria del contratto sociale:

« Dopo che il Kant, raccogliendo dalla coscienza popolare una verità che ben si può dire innata nell'uomo, sentenziò che *necessità non ha legge* (frase terribile, sotto il manto della quale venne scatenato un conflitto mondiale), i seguaci del grande filosofo, per dare un contenuto pratico alla teoria del maestro, l'hanno amalgamata con quella del contratto sociale; e, cioè, avendo il cittadino delegato i suoi poteri allo Stato, questo è tenuto a difenderlo, sempre ed in ogni caso d'ingiusta lesione dei suoi diritti »⁽²⁵²⁾.

Qualora tale obbligo non venisse adempiuto dallo Stato, l'iniziativa tornerebbe al cittadino:

« come avviene nei quotidiani contratti della vita comune, se lo Stato, per qualsiasi motivo, manca all'obbligo suo, il cittadino riacquista la sua completa libertà d'azione e, riprendendo l'esercizio dei poteri che aveva delegati, resta autorizzato a difendersi da sé, sempre che un suo diritto venga leso »⁽²⁵³⁾.

A questo punto Marongiu fa uno scarto nella sua argomentazione:

« Ma bando alla filosofia ed alle fisime del contratto sociale, che non è roba per i nostri giorni, soprattutto imperante il Fascismo, e restiamo nel campo giuridico »⁽²⁵⁴⁾.

⁽²⁵¹⁾ Ivi, p. 395.

⁽²⁵²⁾ *Ibidem.* Corsivo nel testo originale.

⁽²⁵³⁾ *Ibidem.*

⁽²⁵⁴⁾ *Ibidem.*

In tal modo viene in primo luogo respinto l'argomento di chi giustifica l'ampliamento della legittima difesa individuando come motore decisivo di tale sviluppo nella dogmatica penalistica la dottrina del contratto sociale. Questa dottrina viene descritta come una dottrina di « fisime », di sottigliezze non necessarie e sofistiche in senso deteriore. Dall'altra parte e soprattutto viene presa la distanza in generale rispetto al modo di argomentare filosofico, facendo valere come unico campo argomentativo quello giuridico, quello del diritto, ricavato qui per negazione, per contraddizione rispetto a quello filosofico. Il diritto qui è il risultato dell'esclusione dell'argomentare filosofico e dell'argomentare facendo leva sul contratto sociale dal campo giuridico. A rafforzare i due argomenti è chiamato « l'impero del Fascismo ». La Cassazione riformula ora il problema:

« La questione è tutta qui: di fronte alla nuova concezione di uno Stato, consapevole della sua autorità e della forza, alla quale concezione noi abbiamo fatto omaggio, come si può conciliare l'inopinata abdicazione dei suoi più gelosi poteri al cittadino, sino al punto da concedere libero corso all'esercizio della difesa privata per ogni e qualsiasi diritto?

Di fronte alla necessità è mestieri inchinarsi; ma questa sia intesa entro la limitata cerchia della difesa personale, oltre la quale si va verso l'anarchia » (255).

L'argomentazione svolta dalla Cassazione è così ricostruibile. In un primo passo viene riconosciuta implicitamente l'autorità della nuova concezione dello Stato fascista, ricordando e implicitamente facendo valere « l'omaggio » fattole e sottolineando come tale concezione non sia compatibile con « l'inopinata abdicazione » dei « più gelosi poteri » dello Stato stesso al cittadino. In un secondo passo la Cassazione concretizza in termini di politica penale la disciplina della legittima difesa. Da un lato viene riconosciuto che « è mestieri inchinarsi alla necessità ». La metafora dell'inchino permette così di riagganciarsi discorsivamente all'« omaggio » già effettuato dalla Cassazione al Fascismo, cercando di veicolare e prolungare gli effetti positivi dell'assoggettamento e riconoscimento dell'autorità dello stesso, con riferimento alla « necessità ».

(255) *Ibidem.*

Tramite la polisemia del concetto di « necessità », che richiama la *necessità* nella *legittima difesa* come la *necessità* della *guerra* e del *Fascismo*, si ricollegano implicitamente l'omaggio della Cassazione al Fascismo e ai suoi principi e l'omaggio ovvero l'inchino della Cassazione alla "necessità" della regolamentazione della legittima difesa proposta dal Fascismo. Tale ricostruzione è ulteriormente corroborata se si accosta il passaggio sopra ricordato a due ulteriori passaggi della relazione della Cassazione. Nell'apertura della sua relazione, la Cassazione afferma:

« Il Supremo Collegio [...] non intende discutere i principi informatori della nuova grande opera legislativa: ne prende atto senz'altro con quella devota disciplina che è meritatamente dovuta agli atti del Governo Nazionale. Se i principi stessi, come d'altronde è evidente, siano quelli che meglio rispondano alle esigenze del profondo radicale mutamento dell'anima italiana, solo al Governo proponente è dato di decidere » ⁽²⁵⁶⁾.

Passando poi alla considerazione della nuova disciplina delle pene, ovvero all'introduzione della pena di morte, facendo espresso riferimento alla sua premessa, la Cassazione osserva:

« L'innovazione più importante è quella che riguarda la pena di morte, a proposito della quale non è possibile dire argomento pro o contro che non sia stato detto. Si tratta d'uno dei capisaldi innovatori del progetto, che, giusta la premessa a queste modeste osservazioni, non si discutono » ⁽²⁵⁷⁾.

Alla necessità del Fascismo, della difesa del Fascismo con le leggi eccezionali, della reintroduzione della pena di morte, la Cassazione si è 'inchinata' e 'si inchina' di nuovo. Questi punti « non si discutono ». Dall'altro lato, tale omaggio, tale 'inchinarsi', ha però dei limiti. Andare oltre i limiti del *moderamen inculpatae tutelae* dato tradizionalmente dall'incolumità personale porterebbe alla rottura del monopolio della forza da parte del Fascismo e al ritorno della violenza tra i 'cittadini', reintrodurrebbe sistematicamente la violenza da poco bandita tramite l'instaurazione dell' 'ordine' fascista contro l'anarchia ovvero implicitamente: anche contro il 'disor-

⁽²⁵⁶⁾ Ivi, p. 7.

⁽²⁵⁷⁾ Ivi, p. 227 s.

dine comunista'. La Cassazione ricorda inoltre che tale concezione vanta, oltre alla conformità con i « principi del Fascismo », la conformità « al concetto tradizionale della dottrina italiana ». La conclusione assai netta chiede il mantenimento della formula dello Zarnardelli:

« Il nostro dissenso pertanto è assoluto: più ne appaga la formula del codice vigente, che lo stesso Progetto Ferri aveva sostanzialmente rispettata [...]. Tanto è intuitivo ed evidente il grave pericolo, ch'è insito nella combattuta norma, che ben ci possiamo astenere da ogni ulteriore dimostrazione al riguardo »⁽²⁵⁸⁾.

Tra i pareri delle Corti d'Appello solo quello della Corte d'Appello di Ancona concorda con il Progetto, seppure intervenendo a concretizzare "in via preventiva" l'espressione vaga dell'« offesa grave e ingiusta ». Tutti gli altri, con maggiore o minor decisione sono critici nei confronti della riforma proposta⁽²⁵⁹⁾.

Diverso è il caso dell'Università e delle Commissioni Reali e sindacati degli avvocati e dei procuratori, che si dimostrano meno compatte rispetto alla magistratura nella critica del progetto di legge del Governo. In particolare, delle nove università i cui pareri vengono raccolti dal Ministero della Giustizia e degli affari di culto ben tre danno parere senz'altro positivo (Università di Bari, Padova, Pavia), quattro danno parere senz'altro negativo (Università di Bologna, Macerata, Napoli e Perugia), mentre le altre due (Università cattolica del Sacro Cuore di Milano e Università di Urbino) si collocano, con diverse sfumature, in una posizione intermedia⁽²⁶⁰⁾.

Particolarmente significativo è il parere dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, redatto dal Prof. Delitala. L'argomentazione di Delitala può essere ricostruita in due passaggi. In un primo passaggio Delitala riconosce la bontà dell'estensione della legittima difesa alla tutela di ogni diritto:

⁽²⁵⁸⁾ Ivi, p. 396.

⁽²⁵⁹⁾ Si tratta dei pareri della Corte d'Appello dell'Aquila, di Bari, Bologna, di Catania, di Firenze, di Messina, di Milano, di Napoli, di Palermo, di Potenza, di Trieste e della Procura generale di Palermo. Cfr. in dettaglio Ivi, p. 396 s.

⁽²⁶⁰⁾ Cfr. Ivi, p. 401 s. Quanto alle Commissioni Reali e ai sindacati degli avvocati e procuratori vedi Ivi, p. 407 s.

« Imporre ai singoli di subire l'altrui ingiusta violazione della propria sfera giuridica sarebbe iniquo e antieconomico, quando questa violazione può essere impedita dal titolare del diritto minacciato » ⁽²⁶¹⁾.

In un secondo passaggio Delitala provvede a tracciare il necessario limite a tale ampliamento generale, richiedendo l'esplicita introduzione del requisito della proporzionalità. Secondo Delitala, infatti, una volta accolto il principio dell'estensione della difesa legittima a tutti i beni, sorgerebbe « un nuovo problema », ovvero quello della mancanza della proporzione tra i diritti in questione, tra il diritto dell'aggredito e quello dell'aggressore. Delitala ricorda come il codice Zanardelli non preveda tale limite:

« [...] il Codice in vigore, fra la reazione difensiva e l'aggressione minacciata, non richiede alcun rapporto di proporzionalità. Se la necessità sussiste, l'atto è giustificato. La legge non stabilisce alcun limite alla difesa. Né tale limite può trarsi dall'art. 50 del Codice penale che non fa questione di grado, ma di mezzi. Il confronto tra il male patito o minacciato, e quello inflitto nella reazione, non serve dunque a misurare l'adeguatezza o l'eccessività della difesa. Il confronto — se mai — va eseguito soltanto tra i mezzi reattivi, che l'aggredito aveva a sua disposizione, ed i mezzi adoperati. Se questi erano i soli che in concreto rendevano possibile la ripulsione della violenza altrui, non si avrà eccesso punibile, per quanto grande sia il male subito dall'aggressore » ⁽²⁶²⁾.

La mancata previsione della limitazione della "necessità" in forza di un requisito di proporzionalità nella regolamentazione del Codice Zanardelli sarebbe almeno in parte comprensibile:

« Ma, a giustificare almeno in parte un sistema così fatto, sta la natura dei beni tutelabili mediante l'impiego della violenza privata. Si tratta di beni personali, che sono, in genere, del più alto valore, ond'è che può concedersi senza troppi inconvenienti che l'azione difensiva possa estendersi, senz'altro limite che la necessità, fino all'uccisione dell'aggressore » ⁽²⁶³⁾.

⁽²⁶¹⁾ Ivi, p. 402.

⁽²⁶²⁾ Ivi, p. 402 s.

⁽²⁶³⁾ Ivi, p. 403.

L'ampliamento della legittima difesa ai « beni materiali » richiederebbe invece « un limite ». Questo secondo Delitala sarebbe stato riconosciuto dal diritto romano e « tutta concorde » dalla « tradizione giuridica » italiana. Al diritto romano e alla tradizione giuridica italiana Delitala contrappone poi la tradizione giuridica germanica:

« Il principio opposto, quello con il quale si consacra la legittimità di qualunque difesa contro qualunque torto, è un principio proprio del diritto germanico, e non mi sembra invidiabile ». Tale principio inoltre, sebbene informi la *Constitutio criminalis Carolina* nel suo art. 150 e il codice tedesco e austriaco nelle loro « formule rigidamente assolute » non sarebbe più alla base dei « più recenti progetti di riforma ». Questi batterebbero « altra strada » e affermerebbero « che i limiti che la società può imporre alla legittima difesa, se sono più larghi di quelli entro i quali si estende la difesa direttamente esercitata dallo Stato, non possono tuttavia essere tanto larghi da convertire il diritto in arbitrio e la difesa in oltraggio » (264).

A seguire, Delitala esplicita questo pensiero con le parole del civilista Venezian:

« Per impedire il torto, si può infliggere all'aggressore un male maggiore di quello che lo Stato può infliggergli per rimuoverlo, per ripararlo, per punirlo; ma si deve conservare anche nell'impedimento del torto una certa proporzione fra i diritti attaccati e i diritti degli attaccandi » (265).

In tal modo viene da un lato fatta valere da parte di Delitala la strutturale differenza tra la legittima difesa da parte dei privati e l'utilizzo della forza da parte dello Stato, strutturale differenza che legittimerebbe un più ampio margine della legittima difesa esercitata dai privati. Dall'altro, e soprattutto, viene marcata la necessità di una « certa proporzione » tra i diritti in gioco.

Delitala si confronta poi con due ulteriori argomenti fatti valere contro l'argomento della necessità della proporzione tra i diritti in

(264) *Ibidem.*

(265) Venezian, cit. *Ibidem.*

gioco. Il primo argomento richiama la vaghezza o impossibilità di determinazione della proporzione:

« Non sempre il male patito o minacciato, e quello inflitto per reazione sono dell'identica natura, ed in difetto di tale identità ogni paragone sarebbe reso impossibile » ⁽²⁶⁶⁾.

Il secondo argomento vale per il caso in cui invece sia possibile tracciare i 'contorni', il rapporto di proporzione tra i mali arrecati, tra i diritti in conflitto. Esso consiste nel far pesare dal punto di vista normativo a discapito dell'aggressore la sua "colpa" nell'aver causato la situazione di conflitto:

« [...] se l'aggressore viene leso in un bene più importante di quello da lui minacciato deve imputarlo a se stesso: nel conflitto tra il torto e il diritto, è quest'ultimo che deve trionfare, e la legge deve assicurargli la vittoria senza limiti e senza ostacoli. È il vecchio argomento di Grozio: poichè l'aggressore è in colpa, sopporti tutte le conseguenze della sua azione. L'aggredito, se è necessario, può ucciderlo, anche per proteggere il più esiguo bene patrimoniale: "quae, inter rem et vitam, est, inequalitas, ea favore innocentis et raptoris odio compensatur" » ⁽²⁶⁷⁾.

Il sentimento positivo, il *favor* nei confronti dell'innocente aggredito e quello negativo, l'*odium* nei confronti del *raptor*, dell'aggressore, compensano la diseguaglianza, la sproporzione tra il bene patrimoniale e la vita. La puntuale replica di Delitala va a smussare, se non a limitare, sempre con l'aiuto di Venezian, gli effetti di tale argomento:

« Principio ferocemente individualistico, che pone come cardine del nostro istituto la considerazione unilaterale dell'interesse dell'offeso. Ma — e non sapremo dirlo meglio che con le parole del Venezian — « Il derubato, sebbene sia nel diritto, non è tutta la società, ed il ladro non è fuori dalla società, sebbene sia nel torto ». La misura della legittima difesa non può essere data dall'interesse particolare dell'offeso, ma dall'interesse generale della società. Il principio opposto sarebbe antieconomico ed immorale » ⁽²⁶⁸⁾.

⁽²⁶⁶⁾ *Ibidem.*

⁽²⁶⁷⁾ *Ibidem.*

⁽²⁶⁸⁾ *Ibidem.*

In altre parole: la contrapposizione tra diritto/torto (*Unrecht!*) ovvero tra *favor/odium* non consente di escludere l'aggressore/ladro dall'ambito del giuridico e quindi della società, e quindi di negargli lo status di soggetto/essere umano, permettendone l'uccisione in legittima difesa. La strategia argomentativa di Delitala è chiara. La legittima difesa 'ampia', intesa come diritto generale a difendere con la forza i diritti del soggetto è un istituto 'ferocemente individualista'. In quanto tale esso va ricondotto a quegli istituti 'individualistici' e quindi 'liberali' che il fascismo combatte. Delitala evoca così implicitamente la contrapposizione tipica della dottrina fascista tra l'individuo, il titolare borghese di diritti soggettivi e la società vista come un tutto in cui si realizzano gli ideali generali per definizione (e quindi mai particolari) dello Stato totalitario fascista. A questo argomento Delitala ne aggiunge un altro, derivato dall'osservazione della prassi della giurisprudenza tedesca che si sarebbe « bene guardata dall'applicare con rigido consequenzialismo la regola enunciata nelle sue leggi »⁽²⁶⁹⁾. I giudici tedeschi avrebbero operato « sul concetto di necessità » e in tal modo « ristretto la legittima difesa in più equi confini ». A questo punto Delitala fa valere due argomenti. Il primo riguarda la correttezza dal punto di vista della dogmatica giuridica dell'operazione fatta dai giudici tedeschi e quindi implicitamente di un'analogia operazione fatta dai giudici italiani in presenza di una situazione simile a seguito dell'approvazione del progetto di legge:

« Ma altra cosa è la necessità, ed altra la misura della difesa, ond'è che tale interpretazione, per quanto rispondente a un'esigenza di giustizia, deve evidentemente considerarsi errata »⁽²⁷⁰⁾.

Il secondo argomento è invece di 'teoria generale del diritto' ovvero di 'filosofia del diritto' e attiene più precisamente al principio della separazione dei poteri, in particolare del potere legislativo da quello giurisdizionale, formulato in modo tale da evocare e sottolineare la maggiore « autorità » del « legislatore » (implicitamente: del legislatore del tempo, cioè del legislatore fascista) rispetto ai giudici:

⁽²⁶⁹⁾ Ivi, p. 403 s.

⁽²⁷⁰⁾ Ivi, p. 404.

« E poi, perché lasciare che i giudici correggano le leggi, facendo vista di interpretarle, quando, con maggiore autorità, lo può fare il legislatore? » (271).

Delitala insomma non attacca o critica frontalmente il Progetto di legge, ma cerca sottilmente di mobilitarne dal punto di vista immanente elementi favorevoli alla sua tesi. Questo può essere visto anche considerando il prosieguito della sua argomentazione, in cui riconosce al Progetto implicitamente “senso del dovere” e “spazi di miglioramento”:

« Doverosamente preoccupato da queste considerazioni, il Progetto richiede, perché sussista la legittima difesa, non solo la minaccia di un danno attuale ed ingiusto, ma anche la minaccia di un danno grave. E nella gravità del danno è implicitamente affermata — mi sembra — la necessità della proporzione [...] Ma non sarebbe utile richiederla espressamente? Reputerei di sì, al fine di evitare facili deviazioni interpretative » (272).

Delitala cerca di individuare la concretizzazione ovvero l'esplicitazione dell'implicito rappresentato dal requisito della « minaccia di un danno grave ». Innanzitutto procede ex negativo, escludendo l'utilizzabilità della formula del Progetto di Codice penale tedesco del 1927, secondo il quale la legittima difesa non sarebbe data « se il danno che si mira a infliggere con l'azione difensiva è sproporzionato a quello minacciato dall'aggressore ». Tale formula sarebbe « poco felice » in quanto renderebbe decisiva la sola “proporzione”, evocando l'utilizzo di « un criterio di precisione aritmetica ». Secondo Delitala questo « sarebbe non solo impossibile [...] ma anche impolitico, poiché si finirebbe col lasciare senza efficace difesa beni giuridici della primaria importanza. L'esigenza di una proporzione assoluta importerebbe infatti, ad es., che non si possa difendere la propria libertà sessuale, sacrificando la vita dell'aggressore e via discorrendo [...] » (273).

A questo punto Delitala tira le fila della sua lunga argomentazione:

(271) *Ibidem.*

(272) *Ibidem.*

(273) *Ibidem.*

« La mancanza di ogni proporzione dà eccessiva importanza alla considerazione unilaterale dell'interesse dell'offeso, l'esigenza di una proporzione assoluta viene all'opposto a dare un'importanza eccessiva alla considerazione, ugualmente unilaterale, dell'interesse dell'aggressore. Il problema consiste quindi nel trovare una giusta via di mezzo » (274).

A mediare, a fare da 'via di mezzo' tra i due interessi, implicitamente egualmente 'particolari', si posiziona l'interesse 'generale' della società, ritenuto da Delitala esplicitamente prevalente. Questo consisterebbe nel « richiedere che il danno cagionato dalla reazione difensiva non sia eccessivamente sproporzionato al danno minacciato, o, con la formula del Progetto tedesco del 1925, stabilire che la difesa debba apparire adeguata alle circostanze. Entrambe le formule consentono al giudice un ampio potere di apprezzamento, ed in modo speciale l'ultima, che fa dipendere la legittimità della difesa, non solo dal rapporto fra il bene dell'aggredito e quello dell'aggressore, ma da tutte le circostanze del fatto, alcune delle quali [...], possono, nei singoli casi avere un peso decisivo » (275). Invece che una proporzione tra i diritti in questione ovvero tra i danni cagionati si richiede così una 'non eccessiva sproporzione' ovvero l'adeguatezza della difesa alle circostanze. Nel primo caso è data la possibilità della sproporzione, come nel caso del conflitto tra diritto alla vita dell'aggressore e diritto all'integrità sessuale dell'aggredito. Solo, questa non deve essere eccessiva. Nel secondo caso il margine di interpretazione per il giudice sarà ancora più ampio.

2. *Lo scontro in Commissione ministeriale.*

Critiche incontra il progetto di Alfredo Rocco anche nella Commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto. In particolare nella discussione del 16 marzo 1928 vengono chiamati espressamente a spiegare che cosa intendessero con la disposizione i compilatori, che paradossalmente siedono anch'essi nella Commissione ministeriale chiamata a dare parere sul loro progetto. Parlano

(274) *Ibidem.*

(275) Ivi, p. 404 s.

in particolare Manzini e Arturo Rocco. Manzini si esprime nettamente a favore dell'estensione della legittima difesa proposta da Alfredo Rocco. I resoconti riportano:

« (Manzini) Concorda pienamente nella disposizione e, se fosse possibile, vorrebbe allargarla ad ogni "interesse giuridicamente tutelato", sostituendo con questa dizione quella di "diritto", e ciò perché può dubitarsi se certi interessi legittimi costituiscano o meno diritti. Per es: il pudore, è un diritto?

Osserva inoltre che l'avversione contro l'estensione della legittima difesa deriva da quella filo-criminalità, dipendente dai così detti immortali principi, per cui il galantuomo deve sacrificare se stesso, per preservare la preziosissima vita del primo manigoldo, da cui venga aggredito. Gli sembra che, dato specialmente lo spirito dello Stato fascista, si debbano invertire questi concetti, e si debba dare all'aggredito la massima efficienza di reazione, quando lo Stato non può fornirgli la sua tutela, perché non arriverebbe in tempo. In tutti i casi, in cui non sia possibile invocare la pubblica forza, deve essere lecito, alla forza privata, di rintuzzare le aggressioni di qualsiasi specie, che attentino a qualunque legittimo bene » (276).

Manzini teorizza così un diritto alla legittima difesa totale, esercitato dal « galantuomo » contro il « manigoldo » in conformità allo « spirito dello Stato fascista ». Quindi Arturo Rocco, fratello di Alfredo, ricostruisce dal punto di vista sistematico l'istituto della legittima difesa:

« Occorre risalire ai principi. Vi furono delle primitive fasi dell'evoluzione giuridica [...] in cui la difesa dei propri diritti era affidata alla forza individuale privata di ciascuno. Ma appena lo Stato si consolidò, non poté permettere che ciascuno si facesse ragione da sé e lo vietò sotto sanzione penale (reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni) » (277).

Come esempio paradigmatico Arturo Rocco fornisce la recente « legge sui sindacati »:

(276) MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. IV, *Atti della Commissione Ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo codice penale, Parte II, Verbale n. 13 del 16 marzo 1928*, Roma 1929, p. 158 s., p. 165.

(277) Ivi, p. 165.

« Lo Stato crea una magistratura del lavoro, dirime i conflitti fra le classi sociali, e in questo modo gli è possibile di vietare, sotto sanzione penale, lo sciopero e la serrata. Dunque, anche tra le classi, deve finire il periodo della difesa fatta con la propria forza »⁽²⁷⁸⁾.

A questo punto Rocco deve spiegare per quale motivo nel caso della legittima difesa, implicitamente un caso speciale del caso generale della lotta o del conflitto « tra le classi », lo Stato non limiti con decisione l'uso della forza, ma anzi amplii l'ambito legale di tale uso:

« Vi sono però delle eccezioni. La legittima difesa, che è un residuo storico dell'antica difesa privata, è il solo caso, in cui la legge ammette eccezionalmente che il privato possa far valere i propri diritti, invece che ricorrendo all'Autorità giudiziaria e a quella amministrativa, adoperando la sua forza privata »⁽²⁷⁹⁾.

Qui è interessante notare che Rocco non spiega per quale motivo vi sia questa « eccezione », per quale motivo il « residuo storico dell'antica difesa privata » sia « eccezionalmente » ammesso dal legislatore. Esplicitando quanto già detto da Rocco, si tratta allora nel caso della legittima difesa di un caso di « difesa fatta con la propria forza » da parte delle « classi ». Quali siano le classi in conflitto in generale e soprattutto in particolare nel caso della legittima difesa non viene detto da Rocco.

Rocco passa poi a posizionare dal punto di vista discorsivo la legittima difesa « eccezionalmente » ammessa dallo Stato tracciandone doppiamente i confini. Da un lato essa viene distinta rispetto alla « vendetta privata », riconducendo la difesa del cittadino privato a quella « della società e dello Stato »:

« È consentito al privato di farsi ragione da sé, difendendo legittimamente i propri diritti minacciati, quando lo Stato non potrebbe intervenire in nessun modo ad impedire che la minaccia di un danno si traducesse in danno; e ciò perché, data l'imminenza del pericolo, lo Stato non arriverebbe in tempo. In tal caso, insomma, il cittadino agisce come organo dello Stato, esercita privatamente

⁽²⁷⁸⁾ Ivi, p. 165 s.

⁽²⁷⁹⁾ Ivi, p. 166.

una funzione pubblica di difesa dei diritti, che lo Stato riconosce e, usando la sua forza, agisce in conformità dell'interesse della società e dello Stato, per la conservazione della società e dello Stato » (280).

Dall'altro la legittima difesa viene distinta rispetto alla « mera difesa preventiva privata, diretta esclusivamente ad evitare le cause dell'azione illecita e dannosa » (281):

« Ma la legittima difesa si differenzia dalla difesa preventiva, perché ci deve essere la minaccia di violazione di un diritto, e non si può ammettere la legittima difesa contro un pericolo futuro, immaginario e non concreto » (282).

Questo viene ulteriormente concretizzato da Rocco:

« Uno non può legittimamente difendersi contro un individuo, che incontra in una strada solitaria, solo perché, dalla faccia, gli sembra un individuo pericoloso. Ed è perciò che si parla di pericolo e di offesa » (283).

Infine Rocco viene al punto centrale, quello dell'ampliamento della legittima difesa alla difesa dei beni patrimoniali. Qui Rocco critica l'art. 49 n. 2 del Codice Zanardelli che permette la difesa dei « beni patrimoniali » solo « quando sia messa in pericolo la persona ».

Rocco argomenta utilizzando abilmente una lacuna della normativa del Codice Zanardelli:

« Ma non sarà possibile respingere le offese ai propri beni patrimoniali, offendendo i beni patrimoniali altrui? » (284).

Non è infatti facile rendere plausibile l'esclusione di tale possibilità. In un primo passaggio argomentativo Rocco provvede ad affermare una sorta di bilanciamento di 'interessi' o meglio: di 'beni':

« Per difendere un proprio bene superiore, è logico che si possa offendere un interesse minore altrui » (285).

In un secondo passaggio Rocco provvede immediatamente a estendere la portata di tale principio anche al caso in cui i beni ov-

(280) *Ibidem.*

(281) *Ibidem.*

(282) *Ibidem.*

(283) *Ibidem.*

(284) Ivi, p. 167.

(285) Ivi, p. 167.

vero gli interessi abbiano lo stesso peso ovvero siano “equivalenti”.

« ma anche se i due interessi sono pari, e voi agite illegalmente contro di me, io posso egualmente agire, per respingere l’offesa al mio interesse ».

Il criterio è dato dalla natura illecita ovvero illegale dell’azione dell’aggressore:

« Chi viola i diritti altrui, non ha diritto al rispetto dei propri diritti, di modo che deve essere lecito, per difendersi, d’offendere *i diritti patrimoniali altrui*, non solo quando alla offesa dei propri diritti patrimoniali si accompagna il pericolo alla propria persona, *ma anche in ogni altro caso* » (286).

In tal modo, in forza della implicita qualità di illecito dell’aggressione nella legittima difesa, Rocco arriva a giustificare la reazione lesiva dei *beni patrimoniali* dell’aggressore.

Resta però non tematizzato il problema della difesa di un proprio bene inferiore, in particolare dei beni patrimoniali dell’agredito nei confronti del bene della vita o dell’incolumità fisica dell’aggressore. Sulla base di quale principio è possibile offendere i diritti *non patrimoniali* ovvero il diritto alla vita e all’incolumità fisica dell’aggressore quando vi è una « offesa dei diritti patrimoniali » che *non* è accompagnata da un « pericolo alla propria persona » (cioè: « in ogni altro caso »)?

Questo viene implicitamente risolto in due passaggi. Con un primo passaggio argomentativo Rocco provvede a “tirare le fila” del suo discorso:

« È tutta questione di proporzione. I diritti si devono poter difendere con la forza individuale, quando il pericolo è imminente e lo Stato non può intervenire; è però necessario che vi sia sempre proporzione, tra l’azione e la reazione, tra l’offesa e la difesa. Se questo concetto di proporzione non è ben chiaro, si può renderlo più chiaro, ma il principio dell’art. 54 non può essere mutato » (287).

In tal modo Rocco passa implicitamente dall’asserzione secondo la quale sarebbe lecito far valere un interesse dell’offeso o

(286) Ivi, p. 167 s. Corsivo mio.

(287) Ivi, p. 168.

aggredito nei confronti di un interesse di pari valore dell'aggressore ovvero la proprietà o il patrimonio dell'aggredito nei confronti della proprietà o patrimonio dell'aggressore in forza dell'illegittimità dell'aggressione stessa o più precisamente dell'offesa all'asserzione secondo cui questo varrebbe per la difesa di tutti gli interessi o diritti, e quindi soprattutto per il caso in discussione, quello del conflitto tra la proprietà e il patrimonio dell'aggredito e la vita/incolumità fisica dell'aggressore. In questo contesto discorsivo, la limitazione data dalla « proporzione tra l'azione e la reazione, tra l'offesa e la difesa » resta necessariamente semanticamente vaga e aperta alla possibilità del prevalere del patrimonio dell'aggredito sulla vita dell'aggressore.

La chiusura dal punto di vista argomentativo, che si collega implicitamente alla asserzione secondo cui « i diritti » debbono poter essere difesi « con la forza individuale » è data dal passaggio finale del discorso di Rocco:

« Conclude affermando il concetto che è necessario dare al privato onesto un'arma legittima, per difendere i suoi diritti, dove lo Stato può intervenire a difenderlo. Questo concetto, specialmente nel nostro Regime, deve essere solennemente consacrato »⁽²⁸⁸⁾.

Qui come in altri casi⁽²⁸⁹⁾, viene chiamato il sistema “politica” a invadere il “diritto” e a sorreggere una “debole argomentazione”.

A questo punto interviene il Consigliere Puja, che, ricollegandosi implicitamente alla possibilità ventilata dallo stesso Rocco, di « render[e] più chiaro » il testo dell'articolo, propone di aggiungergli — « allo scopo di evitare ogni possibile contraria interpretazione » — l'enunciato « purché tra azione e reazione (oppure tra offesa e difesa) vi sia debita (o congrua) proporzione »⁽²⁹⁰⁾. È interessante notare che alla proposta di Puja, cui si associa espressamente Gregoraci, non è dato seguito in Commissione. Questa infatti approva nella stessa seduta il testo così come presentato alla Commissione. Un indicatore del fatto che l'argomento decisivo sia

⁽²⁸⁸⁾ *Ibidem*.

⁽²⁸⁹⁾ Vedi sopra l'argomentazione di Alfredo Rocco nel 1925 al Senato.

⁽²⁹⁰⁾ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori*, Vol. IV, Parte II, cit., p. 158 ss., p. 169.

rappresentato dalla connessione discorsiva della proposta con il nuovo Regime fascista è dato dalle parole con cui la Relazione riassuntiva dei lavori della Commissione ricostruisce la discussione avvenuta, contrapponendo implicitamente una prima irritazione dei membri della Commissione a un successivo ricompattamento della stessa:

Il testo dell'art. 54 « fu largamente discusso ». La relazione ricorda come « a tutta prima » sembrasse « che la sostituzione del concetto di *pericolo* a quello di *violenza attuale*, nonché la dizione generica di *diritti* senza limitazione alcuna, estendessero soverchiamente il *moderamen inculpatae tutelae* ». Questa impressione sarebbe stata però controbilanciata da altre osservazioni, facenti appunto leva sul carattere di novità e di cesura rappresentato dal Fascismo:

« Senonchè, una volta spiegato ed accolto il concetto che nello Stato moderno e specialmente nell'attuale Regime spetti al cittadino il diritto di difesa nell'imminenza del pericolo, quando si ravvisi l'impossibilità dello intervento dei tutori dell'ordine sociale, e che l'applicazione della scriminante richiede sempre la proporzione tra pericolo e reazione, si finì coll'approvare il testo dell'articolo, formulando solo il voto che si studi il modo di comprendere, nei *diritti* in senso lato, tutti gli interessi legittimi tutelati dalle legge penale (vita umana, libertà personale, pudore, ecc.) » ⁽²⁹¹⁾.

3. Excursus: « *Un manipolo di scrittori* » ovvero: la « *Rivista italiana di diritto penale* » all'opera.

Il momento politico-giuridico è a dir poco difficile. Nell'ottobre 1928 viene eseguita la prima condanna a morte pronunciata dal Tribunale speciale instaurato ad hoc per i reati politici. La pena di morte diventa realtà e rischia di diventare un feroce instrumentum regni.

⁽²⁹¹⁾ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori*, Vol. IV, Parte IV, *Verbali delle sedute della Commissione (Libro II del Progetto: verbali dal n. 63 al n. 71) e Relazione riassuntiva dei lavori della Commissione*, Roma 1929, p. 267 s., p. 283. Cof. nel testo originale.

La scienza giuridica penale dominante in Italia osserva, accompagna e guida. Nel 1929 esce una nuova rivista, la « Rivista di diritto penale italiano ». I fondatori sono Vincenzo Manzini, che ne è anche il direttore responsabile, Arturo Rocco ed Edoardo Massari. Figurano come collaboratori Giulio Battaglini e Nino Levi. Il primo numero della rivista si apre con il testo del Programma nonché la lettera di risposta e di augurio del Ministro Alfredo Rocco del 19 ottobre 1928. Gli editori lamentano la mancanza di una rivista dello « indirizzo tecnico-giuridico nel diritto penale », mancanza colmata dalla nuova rivista:

« Nel suo *Programma* essa scrive i principi stessi che nella nuova riforma penale si sono andati consacrando, per i quali i veri della tradizione, che hanno radici profonde nella coscienza morale dell'uomo, e i risultati utili del moderno indirizzo sperimentale sono composti in durevoli armonie, e attorno a questo *Programma* stringe un manipolo di scrittori, i quali [...] offrono indiscutibile garanzia di un contributo agile, interessante, variamente giovevole, quale può risultare da uno studio non straniato dalla vita [...] » (292).

Nella rubrica « reati e processi », destinata espressamente da Manzini « soltanto [a] quei reati e [a] quei processi che offrono un particolare interesse giuridico, politico e sociale », la redazione ovvero con le parole della Redazione stessa, il « manipolo di scrittori », riferendo dell'avvenuta esecuzione per fucilazione di un italiano accusato di aver ucciso a rivoltellate due fascisti nelle vicinanze di Lucca nel maggio 1928, declinando il tema caro a Manzini della contrapposizione tra Francia e Italia, 'necessità *politica*' e 'filosofia' scrive:

« I Francesi hanno avuto questa superiorità sull'Italia del tramontato regime: che, mentre furono maestri nell'escogitare paradossi e stravaganze, si guardarono bene dall'applicarli in pratica, a differenza di noi, che abbiamo avuto l'ingenuità non solo di propagare le loro idee, ma pur troppo anche di applicarle. Così è stato della pena di morte; l'abolizionismo è venuto dalla Francia, dove però non ha mai trionfato in pratica (anzi, la Rivoluzione fece trion-

(292) « Rivista italiana di diritto penale », I, 1929, Parte I, p. 3.

fare, e come!, l'opposto), perché quei democratici liberali sanno distinguere tra i *vaniloqui filosofici e umanitari* e le *necessità politiche*. Invece i nostri politicanti presero sul serio simili utopie, e riuscirono ad abolire la pena capitale proprio quando, per l'intensificarsi della più grave delinquenza, era maggiormente necessario mantenerla ed applicarla » (293).

In tal modo la tradizione dell'Illuminismo abolizionista della pena di morte viene ridotta a « vaniloquio filosofico e umanitario » e contrapposta alla « necessità politica ». È chiaramente quest'ultima ad avere la meglio: Così prosegue infatti la redazione della Rivista ufficiale del cd. "tecnicismo giuridico":

« Ma fortunatamente sopravvenne la Rivoluzione fascista a remediare anche a questo errore della nostra pseudo-democrazia. La pena di morte, ripristinata per alcuni delitti dalla legge 25 novembre 1926 n. 2008, sulla difesa dello Stato (e opportunamente estesa ad altri gravissimi reati dal progetto del codice penale), venne per la prima volta applicata a tale Michele Della Maggiora, essere subumano, degnissimo di iniziare il nuovo catalogo dei giustiziati. Costui era un ladro più volte condannato che, come tanti suoi pari, diceva di professare idee comuniste allo scopo di dare un orpello politico alla sua volgare criminalità » (294).

Il condannato e giustiziato viene definito « essere subumano » e privato quindi della qualità umana. È inoltre interessante qui notare che Della Maggiora viene accusato, condannato e ucciso per un delitto politico e la Redazione della Rivista nega al suo agire proprio quella politicità, che costituiva il presupposto della sua condanna, nel momento in cui il suo agire viene ricondotto a quello della « volgare criminalità ». Gli oppositori politici e i processi contro gli stessi nonché i paesi che li "proteggerebbero", quindi soprattutto la Francia, ma anche la Svizzera sono un tema centrale della cronaca della Rivista. Esemplare è quanto viene scritto, sempre nel primo numero della Rivista, sul tema « criminalità antifascista »:

« Continua ininterrotto il martirologio fascista, cinicamente irriso da politicanti senza coscienza, che, con la più odiosa falsità,

(293) Ivi, p. 68. Corsivo mio.

(294) Ivi, p. 68 s.

parlano invece di delinquenza fascista. Quella masnada di malfattori comuni, che adopera la maschera antifascista, per conseguire i lucri dei sicari e dei traditori dai falliti e fuggitivi sovversivi italiani e da partiti stranieri, non desiste dalle sue gesta criminose, improntate sempre ad una tanto caratteristica vigliaccheria, da essere superata soltanto da quella dei mandanti e istigatori.

Come stormi di pipistrelli, messi in fuga da un'improvvisa ondata di sole, questi volgari criminali scapparono all'estero, quando, con l'avvento del Fascismo, videro instaurato e mantenuto energicamente in Italia quell'ordine, che rendeva assai più pericoloso il mestiere di delinquente. Questa feccia, aderente a tutto ciò che v'è di più turpe nella società, non poteva non mettersi al soldo di coloro che diffamano l'Italia all'estero » (295).

In tal modo torna il tema già visto della depoliticizzazione dei reati commessi dagli antifascisti. In realtà si tratterebbe di fatti di reato « comuni » compiuti da « malfattori comuni » spinti dal movente del danaro offerto dai « mandanti ». In un lungo commento viene tematizzato il conflitto diplomatico tra l'Italia e la Svizzera in seguito all'arresto di un oppositore politico italiano Cesare Rossi, assieme a Margherita Durand, a Campione, e alla sua traduzione in territorio italiano da parte dei carabinieri per via d'acqua tramite un'imbarcazione. La Svizzera lamenterebbe qui una violazione della propria sovranità territoriale. In particolare, con riferimento a una possibile accusa di spionaggio nei confronti delle autorità italiane, ovvero al fatto che « organi ufficiali italiani » avrebbero utilizzato degli agenti « per praticare in Svizzera un servizio di *informazioni illecite* » (296), la Rivista argomenta in tal modo:

« Fosse pur vero; ma tali informazioni non sono illecite, come non sono illecite le informazioni commerciali, finanziarie, ecc. Perché mai sarebbero illecite, quando non ledono in alcun modo la sovranità dello Stato svizzero, ma riguardano semplicemente privati individui, e per di più, sia pure indegnamente, Italiani? O che la Svizzera non ha mai fatto e non fa nulla di simile? Noi ci auguriamo che il nostro Governo possa essere sempre bene informato dei de-

(295) Ivi, p. 80.

(296) Ivi, p. 75. Corsivo nel testo originale.

litti che contro la Patria si ordiscono all'estero: è un diritto di natura, direbbero i filosofi democratici del sec. XVIII, che non può essere seriamente disconosciuto da alcuno; *la necessità lo giustifica, come giustifica la legittima difesa* »⁽²⁹⁷⁾.

La necessità dilaga. Essa spiega il diritto dello Stato ad assumere informazioni all'Estero, violando la sovranità degli altri Stati per difendere se stesso contro l'« aggressione » da parte dei cittadini italiani 'criminali politici' come il diritto dell'aggregato a uccidere l'aggressore che mette in pericolo la sua vita. Non si tratta qui più della « giusta necessità » di Carrara, ma della « necessità » tout court.

4. *La Commissione parlamentare.*

Nel 1929 il ministro Alfredo Rocco presenta al Re il Progetto definitivo. Il nuovo testo è il seguente:

« Art. 56 (Difesa legittima) Non è punibile colui che ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa »⁽²⁹⁸⁾.

Nella Relazione sul Progetto definitivo, Alfredo Rocco illustra, agganciandosi implicitamente a quanto detto dal fratello Arturo Rocco in Commissione ministeriale, la nuova configurazione dell'istituto della legittima difesa partendo dalla ratio dello stesso:

« La difesa privata fu mezzo ordinario di tutela dei propri beni in tempi non civili, ma fu naturalmente bandita e punita correlativamente al progredire degli ordinamenti sociali e politici, che avocavano alle Autorità costituite nello Stato il mantenimento della pace sociale, assicurando a ciascuno ciò che gli spetta »⁽²⁹⁹⁾.

Da una parte vi sono i « tempi non civili » della « difesa pri-

⁽²⁹⁷⁾ *Ibidem.* Corsivo mio.

⁽²⁹⁸⁾ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori, Vol. V, Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco, Parte III, Testo del Progetto definitivo*, Roma 1929, p. 20.

⁽²⁹⁹⁾ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori, Vol. V, Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco, Parte I, Relazione sul libro I del Progetto*, Roma 1929, p. 95.

vata » come « mezzo ordinario di tutela », dall'altra vi sono implicitamente i 'tempi civili' della 'difesa da parte dello Stato', sempre come 'mezzo ordinario di tutela'.

La difesa privata viene quindi spostata nell'ambito dell'eccezione rispetto alla regola:

« Dovette però sempre riconoscersi che anche nelle società più perfettamente ordinate possono ricorrere *momenti eccezionali*, nei quali l'individuo non può attendere dalle Autorità la difesa dei propri diritti, per l'attualità del pericolo che incombe e che non consente remora alcuna, e fu giocoforza ammettere che in tali condizioni la difesa privata fosse legittima, purché proporzionata all'attacco, che si deve respingere »⁽³⁰⁰⁾.

Le conseguenze sono formulate chiaramente:

« Come vedesi, il fondamento dell'istituto non designa limiti ai diritti da tutelare, ma prevede condizioni imprescindibili per l'esercizio della tutela, ed a questi concetti si ispira l'articolo 56 del Progetto, anche in armonia con la tendenza dottrinale e legislativa oggi nettamente prevalente in tutte le Nazioni »⁽³⁰¹⁾.

In tal modo, tramite il ricorso alla ratio dell'istituto, viene costruita implicitamente una legittima difesa come una generale facoltà, un *diritto* ad agire in generale con l'uso della violenza a tutela dei propri diritti, tendenzialmente, in forza della ratio stessa, illimitato. La legittima difesa diviene sempre più *diritto alla* legittima difesa. Subito di seguito Rocco ricostruisce dal punto di vista sistematico gli elementi o requisiti essenziali del nuovo istituto della legittima difesa. L'istituto viene a essere caratterizzato dai tre requisiti del « pericolo attuale dell'offesa », della « conseguente necessità della difesa » e della « proporzione tra l'azione e la reazione ». Per quanto concerne il primo requisito, Rocco ricorda come il Progetto si sia « esplicitamente [...] riferito al pericolo dell'offesa e non all'offesa ». Questo sarebbe da ricondurre secondo Rocco alla circostanza che « la legittima difesa opera contro un pericolo e non reintegra una situazione giuridica già pregiudicata, poiché in questa seconda ipotesi l'offesa costituisce già un fatto compiuto, ed anche fi-

⁽³⁰⁰⁾ Ivi, p. 95 s. Corsivo mio.

⁽³⁰¹⁾ Ivi, p. 96.

lologicamente, oltre che giuridicamente, non potrebbe trovare applicazione la nozione di difesa » ⁽³⁰²⁾.

In tal modo Rocco opera una contrapposizione tra il concetto di ‘offesa’ e quello di ‘pericolo di offesa’, escludendo la possibilità di un tertium tra i due. Quanto al secondo requisito, il « rapporto di necessità [...] tra l’azione e la reazione », questo sarebbe « scolpito nell’esplicito richiamo all’attualità del pericolo » ⁽³⁰³⁾.

Con riferimento al terzo requisito Rocco si mostra conciliante:

« Quanto all’altro requisito, quello della proporzione tra l’offesa e la difesa, sembravami che esso fosse insito nell’aggettivo “grave”, che qualifica l’offesa e nella successiva previsione dell’eccesso nella legittima difesa [...]. Ma poiché da molti si è insistito nel richiederne espressa menzione, e la Commissione ministeriale ha proposto analogo voto, ho aggiunto nel testo le seguenti parole: “sempre che la difesa sia proporzionata all’offesa minacciata” » ⁽³⁰⁴⁾.

Qui Rocco glissa sul particolare che a tale ‘aggiunta’ corrisponde la ‘sottrazione’ del requisito della gravità dell’offesa. Se ora la difesa deve essere espressamente « proporzionata all’offesa », l’offesa minacciata non è più espressamente « grave ».

Esattamente questo punto sarà oggetto di controversie nella Commissione Parlamentare incaricata da Rocco di dare parere sul Progetto definitivo. Rocco trasmette il 27 ottobre 1929, Anno VIII della « Rivoluzione fascista », il Progetto definitivo al Presidente del Senato, perché convochi assieme al Presidente della Camera l’apposita Commissione parlamentare prevista dalla legge 2260 del 24 dicembre 1925. Nella lettera di accompagnamento del 27 ottobre 1929, premessa al volume VI degli atti della Commissione parlamentare, Alfredo Rocco chiarisce alla Commissione quale sia l’ambito in cui si muove il Progetto. Due sono le novità che vengono sottolineate. La prima posiziona nella società la politica del diritto criminale sottesa al Progetto. Secondo Rocco, il Progetto definitivo terrebbe « conto delle mutate condizioni sociali che re-

⁽³⁰²⁾ *Ibidem.*

⁽³⁰³⁾ *Ibidem.*

⁽³⁰⁴⁾ *Ibidem.*

clamano la riforma degli istituti vigenti per potere apprestare mezzi più efficaci di lotta contro la criminalità »⁽³⁰⁵⁾. La seconda collega invece la politica del diritto criminale sottesa al Progetto con la politica *tout court*:

« [Il Progetto definitivo del nuovo Codice penale] si ispira completamente ai postulati fondamentali della Dottrina e della Rivoluzione Fascista assicurando, secondo la volontà illuminata del DUCE, il vigile presidio e la salda difesa degli interessi dello Stato »⁽³⁰⁶⁾.

La Commissione Parlamentare per il Codice Penale, composta *ex art.* 2 della legge 24 dicembre 1925 n. 2260, si riunisce nella prima seduta plenaria del 14 novembre 1929 — Anno VIII, per poi suddividere il lavoro in tre sottocommissioni. La Sottocommissione cui tocca esaminare il Libro I del Progetto, contenente tra l'altro la disciplina della legittima difesa, è composta dai senatori D'Amelio, che la presiede, De Blasio e Stoppato, dai deputati De Marsico, Fera e Solmi e dal consigliere di Cassazione Aloisi. La disciplina della legittima difesa viene esaminata in due sedute. Nella prima seduta del 19 dicembre 1929, in particolare, il requisito della 'proporzione tra l'offesa e la difesa' non viene ritenuto sufficiente a delimitare efficacemente la legittima difesa. Così secondo De Blasio « l'impunità per legittima difesa è di un'ampiezza enorme. Nei Tribunali e nelle Corti non vi sarà causa in cui non si sosterrà che il fatto avvenne in istato di legittima difesa e che essa fu proporzionata all'offesa »⁽³⁰⁷⁾. Tre sono le fattispecie che preoccupano De Blasio: inseguimento e uccisione del ladro « per riprendere il portafoglio rubato »; uccisione di chi « percuota altri ingiustamente »; uccisione « per evitare il pericolo attuale di ingiurie o di altre offese ingiuste », anche alla luce del fatto che sia stato eliminato il requisito della 'gravità' dell'offesa. Per De Blasio sarebbe necessario

⁽³⁰⁵⁾ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori*, Vol. VI, *Atti della commissione parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul progetto di un nuovo codice penale*, Roma 1930.

⁽³⁰⁶⁾ *Ibidem*. Maiuscolo nel testo originale.

⁽³⁰⁷⁾ *Atti della Commissione parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul progetto di un nuovo codice penale*, Roma 1930, p. 74.

« considerare prevalentemente la persona ». A suo parere non vi sarebbe « Codice in cui la legittima difesa faccia astrazione dal pericolo della persona »⁽³⁰⁸⁾.

Nella discussione che si accende sul punto si arriva velocemente al problema dell'interpretazione della richiesta 'proporzione tra difesa e offesa'. Secondo il Presidente della Commissione D'Amelio « la proporzionalità si riferisce all'entità dell'offesa e non all'importanza del diritto leso, mentre è quest'ultima proporzione che bisogna stabilire »⁽³⁰⁹⁾. D'Amelio fonda la sua asserzione nel seguente modo:

« Dicendosi difesa proporzionata all'offesa si ha l'impressione che si voglia fare riferimento solo alla forza offensiva e non anche all'entità del diritto. Ciò non può lasciar tranquilli, perché non si può ammettere che per un oggetto di valore infimo si possa opporre una difesa sproporzionata, lesiva di un diritto molto più importante della controparte »⁽³¹⁰⁾.

E ancora più esplicitamente:

« [...] Quando si dice che si deve proporzionare la difesa all'offesa si può finire col giustificare qualunque atto violentissimo che sia compiuto in difesa di un diritto trascurabile »⁽³¹¹⁾.

A D'Amelio replica subito il collega Aloisi, secondo il quale in tal caso « occorrerebbe che anche l'offesa minacciata (attualmente, come specifica il Progetto) fosse stata del pari violentissima. Allora soltanto sussisterebbe quella proporzione tra la difesa e l'attacco, che è indispensabile perché la prima sia legittima. Di fronte alla violenza dell'offesa minacciata, la qualità del diritto in pericolo sembra irrilevante »⁽³¹²⁾.

A questo punto dinanzi al pericolo di una deriva interpretativa rappresentato dalla richiesta proporzione tra difesa e offesa, la Commissione parlamentare si ferma e preferisce tornare a lidi più

⁽³⁰⁸⁾ Ivi, p. 75.

⁽³⁰⁹⁾ Ivi, p. 75.

⁽³¹⁰⁾ Ivi, p. 75.

⁽³¹¹⁾ *Atti della Commissione parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul progetto di un nuovo codice penale*, Roma 1930 - Anno VIII, p. 75.

⁽³¹²⁾ Ivi, p. 75.

conosciuti. Il commissario Solmi sottolinea come « il concetto della proporzione applicato in modo troppo semplice sia pericoloso »⁽³¹³⁾. Secondo Solmi « converrebbe forse tornare alla dizione del Progetto preliminare, dove si parlava di pericolo attuale di un'offesa grave e ingiusta »⁽³¹⁴⁾. Il termine « grave » farebbe « subito pensare a un elemento di una qualche importanza ». Questo verrebbe a completare e precisare « il concetto della legittima difesa » nel senso evocato da D'Amelio. Quanto alla « proporzione della difesa all'offesa », questa sarebbe « implicita » nella disposizione sull'eccesso colposo. Alla fine la Sottocommissione decide di chiedere il ripristino della disposizione del progetto preliminare originario del 1927 e di chiedere in subordine l'aggiunta della proporzione della difesa « oltre che all'offesa, anche all'entità del diritto da difendere ».

L'ambiguità della nuova formulazione aggiunta da Alfredo Rocco a seguito della discussione in Commissione ministeriale domina anche l'ulteriore discussione nella Commissione parlamentare, questa volta in composizione "plenaria" sotto la presidenza di D'Amelio il 14 marzo 1930. Le posizioni si sono ormai consolidate. Due sono le posizioni che si confrontano e danno vita a diverse mozioni. La prima rigetta del tutto il testo e chiede il mantenimento dell'art. 49 del Codice Zanardelli. Secondo Stoppato, cui De Blasio si associa, la formula dello Zanardelli sarebbe « molto più precisa ». La nuova disposizione estenderebbe « eccessivamente [...] il concetto della legittima difesa ». Inoltre, non verrebbe indicato « se non troppo genericamente il diritto che si intende difendere, ciò che permetterebbe di credere che la difesa sia ammissibile, qualunque sia la natura di tale diritto ». Stoppato in altre parole fa valere il topos argomentativo con cui si difende la normativa dello Zanardelli: l'ampliamento sarebbe troppo ampio, generico, non riferito ai singoli diritti, implicitamente: alla persona. La conclusione è chiara:

« Si dovrebbe pertanto adottare una formula più cauta e rigida, per evitare applicazioni pericolose dell'istituto »⁽³¹⁵⁾.

⁽³¹³⁾ *Ibidem.*

⁽³¹⁴⁾ *Ibidem.*

⁽³¹⁵⁾ Ivi, p. 428.

Il pericolo evocato da Stoppato è implicitamente quello di una deformalizzazione e quindi di un allentamento dei requisiti formali della fattispecie della legittima difesa, con la contestuale creazione di ampi spazi per una possibile interpretazione ‘creativa’, troppo creativa, in breve: politica da parte dei giudici.

Contro le argomentazioni di Stoppato, a difesa del testo di legge proposto argomenta in particolare Aloisi, che difende espressamente la scelta di Alfredo Rocco di inserire la clausola di proporzione e togliere il requisito della « gravità » dell’offesa ⁽³¹⁶⁾.

Si arriva infine alla votazione finale. Vengono formulate le seguenti proposte: 1) la proposta radicale di « ripristinare » ovvero mantenere l’articolo 49 del Codice Zanardelli ⁽³¹⁷⁾; 2) la proposta di modificare la disposizione del Progetto « sostituendo la parola “respingere” alla parola “difendere” »; 3) la proposta di « integrare l’articolo 56 con la proporzione fra la difesa e il bene offeso », e quindi di esplicitare almeno dalla parte dell’aggressore il rapporto di proporzione tra i beni in conflitto; 4) la proposta di mantenere l’articolo 56 nella forma datale dal Ministro Rocco ⁽³¹⁸⁾. Per prima viene messa ai voti e non approvata la mozione più radicale, quella di « ripristino dell’art. 49 ». Quindi viene messa ai voti una mozione che intende in un certo senso integrare le proposte di cui ai nn. 2 e 3, consistente nella richiesta di « mantenimento dell’art. 56 » assieme alla « specificazione che la difesa deve essere proporzionata non soltanto all’offesa, ma anche all’entità del diritto che si vuole difendere ». Tale mozione viene approvata. A essa la Commissione aggiunge l’ulteriore raccomandazione al Ministro di « sostituire la parola ‘respingere’ alla parola ‘difendere’ » e di tenere « anche presente le altre osservazioni fatte sull’art 59 » ovvero in tema di eccesso colposo ⁽³¹⁹⁾.

⁽³¹⁶⁾ Ivi, p. 428 s.

⁽³¹⁷⁾ Il termine « ripristinare » usato nella relazione è qui un indizio della ‘forza’ del progetto Rocco. La norma vigente al tempo era l’art. 49 del Codice Zanardelli e quindi non andava certo “ripristinata”! Cfr. Ivi, p. 429.

⁽³¹⁸⁾ Ivi, p. 429 s.

⁽³¹⁹⁾ Ivi, p. 430. Quanto al riferimento alle « osservazioni sull’art. 59 » si veda ivi, p. 428 s.

5. *L'epilogo.*

Rocco non tiene conto del parere della Commissione parlamentare. Anzi, nella Relazione al Re Alfredo Rocco chiarisce la sua posizione ⁽³²⁰⁾, ricordando, e implicitamente rispondendo alle critiche della Commissione parlamentare, che con l'aggiunta del requisito della proporzione tra offesa e difesa non si è voluto introdurre una proporzione tra i diritti in gioco:

« La difesa deve essere proporzionata all'entità dell'offesa e non necessariamente all'importanza dell'interesse che si vuole difendere. Anzi, l'aggressione denota, non di rado, tanto maggiore pericolosità quanto meno rilevante è il bene aggredito. Non si nega che, talvolta, anche l'importanza dell'interesse da difendere possa costituire un elemento per giudicare della gravità dell'offesa, ma non è mai questo un elemento essenziale e non può mai essere l'unico elemento di valutazione della legittimità della difesa. La gravità dell'offesa consiste nella gravità del pericolo, nel modo, cioè, in cui si offende (circostanze e modalità) » ⁽³²¹⁾.

In tal modo torna l'idea di utilizzare la legittima difesa come strumento per difendere la società contro gli individui "temibili" e "pericolosi", la cui temibilità e pericolosità viene indiziata dalla commissione di delitti meno gravi, implicitamente: soprattutto delitti contro la proprietà. Il Legislatore fascista "risolve" il « conflitto di classe » tra i 'proprietari' e i 'non proprietari' che ricorrono al furto, dando la prevalenza ai 'proprietari'.

Con un'ulteriore modifica inessenziale, e cioè con la sostituzione del pronome « colui che » con « chi », il testo verrà definitivamente approvato come art. 52 del C. R. 19 ottobre 1930, del c. d. "codice Rocco":

⁽³²⁰⁾ Questo viene già ricordato da Marciano nella sua ricostruzione del dibattito sul nuovo testo della legittima difesa, in: G. MARCIANO, *Il Nuovo Codice Penale (Innovazioni)*, Napoli, 1932-X, 81. Marciano si esprime tra l'altro criticamente nei confronti della nuova disposizione ritenendola più restrittiva di quanto lo sia la disposizione relativa del Codice Zanardelli. Ivi, p. 81 ss.

⁽³²¹⁾ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori, Vol. VII, Testo del nuovo codice penale con la Relazione a Sua Maestà il Re del Guardasigilli (Rocco)*, Roma 1930, p. 49 s.

« (Difesa legittima) Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa ».

MASSIMILIANO GREGORIO

QUALE COSTITUZIONE?
LE INTERPRETAZIONI DELLA GIUSPUBBLICISTICA
NELL'IMMEDIATO DOPOGUERRA

1. Quale Costituzione? Le origini di un dibattito mai sopito. — 2. La diffidenza di una parte della dottrina: il difficile affrancamento dallo Stato liberale. — 2.1. Le evidenze di un'accoglienza assai tiepida. — 2.2. La perdurante eredità liberale e la nuova Costituzione. — 3. La dottrina che accolse la Costituzione: una pluralità di voci. — 3.1. Aprire alla Costituzione. — 3.2. Le premesse negli anni Trenta. — 3.3. Una pluralità di voci di fronte alla sfida del pluralismo. — 4. Le cosiddette norme programmatiche. — 4.1. Negarne la giuridicità: una opzione radicale ma precisa. — 4.2. Ammetterne la giuridicità: una posizione scomoda. — 5. Quali prospettive per lo sviluppo della Costituzione? La legge e il legislatore. — 6. Conclusioni.

1. *Quale Costituzione? Le origini di un dibattito mai sopito.*

Gli atti dell'Assemblea Costituente non sono una fonte come tutte le altre: trasmettono un messaggio estremamente suggestivo e coinvolgono il lettore in una vicenda epocale, rendendolo partecipe di uno dei momenti certo più alti della nostra storia nazionale. Proprio per questo motivo, suscita sempre un certo stupore rileggere quegli atti alla luce della vita assai tormentata che ha avuto la nostra Costituzione, a partire da quel lontano dicembre 1947. Si sa, dalle buone intenzioni non scaturiscono necessariamente buoni risultati, ma probabilmente le ragioni del contrasto tra l'ossequio formale riconosciuto alla carta e la costante difficoltà da essa incontrata nell'imporre come indiscussa *Grundnorm*, vanno ricercate al di là dell'eventuale schisi tra aspettative e risultati.

Non è difficile reperire nella storia repubblicana le evidenze della costante difficoltà ad affermarsi incontrata dalla Costituzione.

Si può partire ricordando quella che M.S. Giannini definì efficacemente la « lentissima fondazione dello Stato repubblicano » (1): la prima sentenza della Consulta giunta solo nel 1956, l'istituzione del CSM del 1958, fino all'assetto regionale del Paese per il quale si è dovuto attendere il 1970. Ma la carta costituzionale non è soltanto rimasta « incompiuta » (2) per lunghi anni: è stata anche, per certi aspetti, disattesa. Basti pensare a come la forma di governo repubblicana si sia consolidata nel tempo sulla base di elementi quanto meno *extra* (se non addirittura *contra*) *constitutionem*, come la cosiddetta *conventio ad excludendum*. Istituto non scritto e certamente assai lontano dallo spirito della carta ma che, ciò nonostante, ha continuato a regolare sistematicamente la formazione dei governi repubblicani fino ai primi anni Novanta. Del resto, spingendosi fino ai nostri giorni, non si può fare a meno di annoverare tra le prove di una scarsa fortuna della nostra carta costituzionale, anche quella tentazione persistente di provvedere ad una sua più o meno strutturale riforma, diffusasi trasversalmente fra le forze politiche italiane a cavallo tra gli anni Ottanta e i Novanta e che ha indubbiamente contribuito a produrre « un indebolimento dell'idea stessa di Costituzione » (3).

Sulla base di quanto appena affermato, si potrebbe essere tentati di spiegare questo indebolimento restando unicamente sul ter-

(1) Cfr. M.S. GIANNINI, *La lentissima fondazione dello Stato repubblicano*, in « Regione e governo locale », I, 1981.

(2) Il paragone che equiparava il testo del 1947 alla sinfonia di Schubert è naturalmente di Piero Calamandrei. Si veda il discorso *Mantener fede alla Costituzione*, da questi tenuto alla Camera dei Deputati nelle sedute del 1 e 2 aprile 1950 ora in P. CALAMANDREI, *Scritti e discorsi politici*, Firenze, La Nuova Italia, 1966, vol. II, pp. 234 e ss.

(3) Così Onida, riprendendo il grido d'allarme di Dossetti, lanciato ormai dieci anni fa. Cfr. V. ONIDA, *Per una sana democrazia costituzionale*, relazione presentata al Convegno di Studi « Città per l'uomo » — Milano, 11 giugno 2005, ora su www.astridonline.it, p. 2 del file pdf. Per la tesi contraria, si schiera invece Novacco, che invita a « liberarsi dall'ossequio pregiudiziale e acritico nei confronti della Costituzione » (cfr. D. NOVACCO, *L'officina della Costituzione italiana 1943-1948*, Milano, Feltrinelli, 2000, p. 10). Alla luce della recentissima riforma costituzionale, l'ultimo appello, in ordine di tempo, per la salvaguardia della Costituzione è contenuto nella pubblicazione di Leopoldo Elia da poco data alle stampe: L. ELIA, *La costituzione aggregata. Forma di governo e devolution al tempo della destra*, Bologna, Il Mulino, 2005.

reno di una prassi politica poco attenta al valore della carta. Sia chiaro che così non è. Spostandoci infatti sul piano, a noi certamente più consono, della elaborazione giuspubblicistica, cioè di coloro che quella idea di Costituzione citata da Onida sono chiamati ad elaborare ed interpretare, scopriamo che in realtà, anche su questo versante, non ci troviamo di fronte ad una ricostruzione né solida né univoca. Proviamo a spiegare, facendo un passo indietro. Negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della carta, la dottrina giuspubblicistica si trovò, come era naturale, di fronte al complicato problema di provvedere ad una sua interpretazione. Era un compito nuovo e non privo di insidie. Uno degli argomenti che più appassionarono ed impegnarono i nostri giuristi — e sul quale torneremo diffusamente più avanti — fu, come è noto, quello della normatività della Costituzione. Ragionare attorno alla normatività del nuovo fondamentale testo aveva un valore assai peculiare: significava, in definitiva interrogarsi sulla sostanza, sulla natura stessa di quella speciale fonte di diritto e quindi sull'impatto, potenzialmente sconvolgente, che essa poteva riverberare sull'intero orizzonte cognitivo del giurista. In altre parole, non era *un* problema, era *il* problema.

Ora, facendo un balzo in avanti di oltre cinquanta anni, dobbiamo dire che stupisce un po' ritrovare al centro dell'attenzione dei costituzionalisti ⁽⁴⁾ ancora il concetto — apparentemente chiaro ma evidentemente invece piuttosto scivoloso — della normatività della Costituzione. Certo, gli scenari della riflessione giuridica sono molto cambiati rispetto a quelli degli anni Cinquanta e per il giurista di oggi risulta imperativo confrontarsi con i mutamenti economici, sociali e politici, in particolare con quelli introdotti dal processo di globalizzazione o, se si preferisce, di mondializzazione ⁽⁵⁾.

(4) Si veda, ad esempio, il dibattito, recentemente sollevato e ospitato dalla rivista online www.costituzionalismo.it. Proprio in occasione della presentazione della rivista (presso la Sala del Cenacolo, Camera dei Deputati, 3 giugno 2004), Gaetano Azzariti non ha certo nascosto la centralità della questione mettendola al centro del suo breve intervento, dal titolo assai significativo: *Per un diritto costituzionale normativo* (ora sul sito www.costituzionalismo.it).

(5) Sulle differenze semantiche dei due concetti esiste un dibattito vivace. Senza alcuna pretesa di esaustività, possiamo però affermare che buona parte della letteratura

È certamente alla luce di queste profonde trasformazioni che va interpretato il dibattito attuale. Tuttavia, non si può fare a meno di notare come, curiosamente, la riflessione continui a riflettere quella degli anni Cinquanta ruotando attorno al « problema della forza normativa delle costituzioni moderne » (6) e, più in particolare, alla « capacità normativa della nostra costituzione. La capacità della costituzione, cioè, di dominare le dinamiche di trasformazione politico — sociale, e non essere invece da quest'ultime dominata » (7). Tanta attenzione suggerisce evidentemente « che attorno a questa tradizionalissima questione — in che cosa consista la normatività di una costituzione — non è ancora del tutto finito il bisogno di chiarimenti » (8).

Preso quindi atto della utilità di ragionare ancora intorno a questo tema, si tratta a questo punto di comprendere come, nell'ottica propria di uno storico del diritto, si possa fornire un contributo al dibattito che risulti di una qualche utilità. Proviamo allora a restringere il campo di analisi. Indubbiamente molti aspetti di questa complessa vicenda sono già stati abbondantemente indagati. Molto si è scritto, ad esempio, sulle dinamiche che hanno portato, nella storia repubblicana, prima al congelamento della carta e poi a certe

corrente, sembra considerare la globalizzazione come una sorta di moderna e più recente versione della mondializzazione, caratterizzata soprattutto dall'attuale modello di sviluppo economico. Per questa ricostruzione che collega i due termini attraverso questa relazione di specie a genere, si veda, ad esempio, U. ALLEGRETTI, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città aperta, 2002 ma anche la sociologa americana S. SASSEN, *Globalizzati e scontenti*, Milano, Il Saggiatore, 2002. In realtà, i due lemmi affondano le radici in differenti tradizioni linguistiche, essendo *globalizzazione* un termine di origine anglosassone e *mondializzazione*, invece, un termine tipico delle lingue romanze (in tal senso anche S. LATOUCHE, *L'occidentalizzazione del mondo*, Torino, Bollati Boringhieri, 1997). A ben vedere, questa diversità etimologica incide notevolmente sugli orizzonti simbolici che i due termini evocano. Per un approfondimento filosofico sul tema, si segnala l'interessante contributo di G. MARRAMAIO, sviluppato peraltro attraverso un serrato dialogo con le categorie schmittiane: *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

(6) AZZARITI, *Per un diritto costituzionale*, cit.

(7) G. AZZARITI, *La superiore legalità costituzionale è in crisi? (editoriale)*, reperibile ancora sul sito della rivista www.costituzionalismo.it

(8) M. DOGLIANI, *Validità e normatività delle costituzioni (a proposito del programma di Costituzionalismo.it)*, reperibile su www.costituzionalismo.it.

sue distorte applicazioni; come del resto si è scritto molto, per giungere a tempi più recenti, sulle ragioni e sul senso della odierna volontà di riforma costituzionale. Minore attenzione è stata probabilmente dedicata, invece, al ruolo giocato dalla cultura giuridica o — per essere più esatti — dalle culture giuridiche, nelle controverse vicende legate all'interpretazione della carta costituzionale. In altre parole: se dopo cinquanta anni il problema della normatività della Costituzione risulta ancora un nodo in parte da sciogliere, non sembra inutile ricercare alcune radici di questa problematicità nel modo con il quale il dibattito è stato originariamente impostato. E quindi: in quale direzione stava riflettendo la giuspubblicistica italiana negli anni immediatamente successivi al 1948? Come si pose rispetto alla Costituzione e quale tipo di sviluppo immaginò per essa? Come accolse la sua perdurante inattuazione? Si tratta cioè, per dirla con D'Albergo, di « chiarire quale responsabilità culturale, per certi versi soprattutto i giuristi, abbiano verso le altre forme della cultura e soprattutto verso la società civile e politica »⁽⁹⁾. Per farlo, tuttavia, riteniamo indispensabile offrire un quadro della cultura giuridica italiana del dopoguerra che risulti il più possibile aderente alla sfaccettata realtà che la caratterizzava. Sembra infatti un'interpretazione piuttosto riduttiva quella che dipinge la dottrina italiana come un cetto ancorato ad una « cultura meta-storica » da recuperare a tutti i costi « nel nome della continuità dell'ideologia giuridica »⁽¹⁰⁾. Un cetto cioè non in grado di apprezzare l'innovativo programma di democrazia sociale contenuto nella carta costituzionale, a causa del « pregiudizio dei giuristi relativo all'inidoneità del « costituzionalismo democratico-sociale » ad essere oggetto di una teorizzazione generale di diritto pubblico »⁽¹¹⁾. In realtà, crediamo che le posizioni all'interno del cetto giuridico fossero molteplici e diversificate, ma soprattutto che esse fossero debitrice di diverse tradizioni culturali. L'obiettivo che questo contributo si propone, quindi, è proprio quello di indagare su queste

(9) S. D'ALBERGO, *Dalla democrazia sociale alla democrazia costituzionale (un percorso dell'ideologia giuridica)*, reperibile sul sito www.costituzionalismo.it, p. 3 del file pdf.

(10) *Ivi.*, p. 1.

(11) *Ibidem.* Tra virgolette nel testo.

eredità culturali per comprendere il modo con il quale esse, intrecciandosi, hanno alimentato la discussione interna alla giuspubblicistica italiana sul ruolo e sulla natura della Costituzione.

Prima di procedere con l'analisi, sembra quindi utile anticipare l'itinerario concettuale che si intende percorrere. Si è sempre parlato di *culture giuridiche* più che di cultura giuridica e, quindi, occorrerà innanzi tutto dare ragione dell'utilizzo del plurale. Lo faremo illustrando brevemente i diversi atteggiamenti tenuti in dottrina nei confronti della carta costituzionale, ma soprattutto cercando di mettere a fuoco quali differenti retroterra culturali alimentavano queste posizioni. Interessa cioè indagare con quale bagaglio di conoscenze i giuristi si presentarono all'appuntamento con la nuova stagione repubblicana, quali strumenti cognitivi ed interpretativi essi utilizzarono per comprendere il mutato contesto storico e per continuare a svolgere il proprio lavoro all'interno di esso. Occorre soprattutto chiedersi, per rispondere al quesito dal quale si sono prese le mosse, se questo patrimonio di conoscenze che la dottrina mise in campo fosse più o meno adeguato al compito. Se cioè fosse in grado di consentire una effettiva comprensione delle novità profonde che la democrazia costituzionale aveva introdotto nel panorama pubblicistico. Rispetto a questo problema, infatti, ecco ritornare al centro dell'attenzione la questione della normatività. È attorno a questo concetto, alle diverse sfaccettature che esso assunse, che ruotò buona parte del dibattito giuridico degli anni Cinquanta. Il nodo problematico rappresentato dalle norme programmatiche della carta, pertanto, costituisce un punto di osservazione privilegiato per cogliere i frutti concreti delle diverse eredità culturali presenti nel patrimonio genetico della giuspubblicistica italiana. Del resto, il discorso non si esauriva affatto nel diverso grado di normatività che a tali norme i vari autori si dimostrarono disponibili a riconoscere. Al di là degli effetti giuridici che quelle disposizioni erano di per sé in grado di produrre, infatti, non v'era dubbio che esse avrebbero comunque ricevuto un'ulteriore integrazione legislativa. Occorreva allora capire che genere di integrazione ci si aspettava, che tipo di sviluppo cioè ci si immaginava per il testo costituzionale. Si tratta di un passaggio evidentemente significativo, un passaggio per così dire dalla *statica* alla *dinamica* della Costituzione. Dibattere intorno alla normatività o meno delle disposi-

zioni programmatiche aveva, per così dire, una duplice fondamentale valenza. Da un lato, per la giuspubblicistica si trattava di ridefinire l'oggetto della propria analisi, di ridisegnare i muri perimetrali dell'ordinamento giuridico e, sotto questo profilo, l'ampiezza del perimetro rappresentava naturalmente un nodo centrale da sciogliere. Dall'altro, tuttavia, questa riflessione conduceva anche ad interrogarsi su quale tipo di elasticità avrebbero avuto i nuovi confini, come questi si sarebbero modificati nel tempo e ciò proiettava inevitabilmente la discussione verso il futuro.

2. *La diffidenza di una parte della dottrina: il difficile affrancamento dallo Stato liberale.*

2.1. *Le evidenze di un'accoglienza assai tiepida.*

Vi fu senza dubbio una parte — e a ben vedere una parte consistente — di giuristi che, di fronte alla nuova Costituzione repubblicana, dimostrò ben poco entusiasmo: molte furono le perplessità e le preoccupazioni espresse, ad indicare — nel complesso — un atteggiamento di sostanziale diffidenza. Non è difficile reperire le evidenze di una tale tiepida accoglienza e, tuttavia, non sembra inutile ripercorrere le critiche e le riserve espresse da parte della dottrina, allo scopo di tratteggiare meglio un quadro complessivo che ci permetta poi di evidenziare la cultura di cui questa era portatrice.

Peraltro, per rilevare un clima di sfiducia nei confronti della carta non è neppure necessario attendere la sua approvazione. Giuseppe Capograssi, ad esempio, aveva pubblicamente espresso i propri *Dubbi sulla Costituzione* ⁽¹²⁾ ancora prima che l'Assemblea Costituente fosse eletta; dubbi che l'autore aveva maturato attraverso una riflessione di carattere più generale sulle differenze tra il costituzionalismo dell'Ottocento e quello del Novecento. Rispetto alle

⁽¹²⁾ G. CAPOGRASSI, *Dubbi sulla Costituzione* in « Meridiano », n. 9, 1945, pp. 1-2, ora in *Costituzione critica*, a cura di F. Gentile e P.G. Grasso, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

certezze e alla fiducia nel futuro che avevano caratterizzato il secolo precedente, la barbarie che l'epoca contemporanea aveva conosciuto portava infatti il filosofo del diritto a chiedersi: « Che costituzione dare a ciò che non presenta nessuna solidità per essere costituito? Come costruire sulla sabbia? » (13).

Ma l'opera del costituente italiano appariva davvero così fragile? Si era davvero, insomma, costruito sulla sabbia? Anche Vittorio Emanuele Orlando, nel 1951 mostra di non confidare troppo nella solidità della forma di governo cristallizzata nella carta repubblicana (14). Il grande maestro della scuola giuridica nazionale, nello svolgere la sua analisi, focalizza la propria attenzione sulle deviazioni stabilite dalla Costituzione, rispetto alla forma di governo parlamentare che in Italia aveva funzionato almeno fino al 1921. Deviazioni cui si sarebbe « attribuito uno spirito che ha una sua propria impronta teoretica e dottrinale non solo ammessa, ma vantata, e che avrebbe quella specie di consacrazione glottologica che consiste nell'assumere un suo proprio nome. Si chiama "razionalizzazione del potere" [...] » (15). Un processo di razionalizzazione che non convinceva naturalmente l'autorevole giurista perché, ai suoi occhi, rischiava di creare « incompatibilità logiche tali da provocare contraddizioni insuperabili e riuscire, in definitiva, ad una alterazione, addirittura, del funzionamento di quella forma parlamentare i cui dati essenziali non si possono mutare senza comprometterne l'esistenza » (16). Per Orlando quindi il delirio di onnipotenza dei costituenti aveva compromesso proprio quanto essi si promettevano di costruire: cioè una forma di governo parlamentare. Era, in fondo, la stessa motivazione che aveva indotto Oreste Ranelletti, qualche anno prima, a riconoscere la necessità che il Governo agisse in maniera rispondente al programma politico dei partiti di maggioranza, ma al tempo stesso ad escludere categoricamente la possibilità che, nell'ambito di una forma di governo parlamentare,

(13) Ivi, p. 12.

(14) V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », I, 1951, ora anche in *Costituzione criticata*, a cura di F. Gentile e P.G. Grasso, cit.

(15) Ivi, p. 113. Tra virgolette nel testo.

(16) Ivi, p. 117.

l'esecutivo potesse essere « assunto e tenuto dal partito (o peggio dai partiti) di maggioranza »⁽¹⁷⁾. Una posizione che, col senno di poi, potrebbe fare quasi sorridere per la sua decisa antistoricità, ma che, una volta calata nel contesto cui appartiene, si rivela invece assai interessante. Da un lato ribadisce infatti che, ad una parte autorevole della dottrina, quella forma di governo repubblicana disegnata dai costituenti proprio non andava a genio. D'altro canto, però, mostra anche come questi stessi giuristi, di fronte ad un progetto di costituzione ormai sostanzialmente delineato, ritenessero ancora di avere spazi di manovra utili per poterlo indirizzare verso soluzioni diverse da quelle che il paese ha poi conosciuto. E ritenevano di poterlo fare, sia attraverso l'opera di pressione che con i propri scritti speravano di poter esercitare sui costituenti (ed è questo senz'altro il caso di Ranalletti), sia attraverso l'arma più efficace che sapevano di avere in mano, vale a dire l'interpretazione (come nell'intervento di Orlando sopra citato).

Ma torniamo al testo costituzionale, poiché l'assetto della forma di governo non fu certo l'unico punto dolente. Abbiamo già visto, ad esempio, che Ranalletti appuntava i suoi timori di giurista sul ruolo che i partiti politici avrebbero poi giocato all'interno delle dinamiche tra potere legislativo e potere esecutivo, ma — a ben vedere — questo non era il solo profilo di imbarazzo legato all'agire delle forze politiche. Anzi, ad essere sinceri, era la stessa loro presenza codificata nel testo a provocare i principali disagi. Nessun interprete del diritto poteva fare a meno di prendere atto di questa formidabile novità: era la « prima volta che il partito trova[va] una sua disciplina costituzionale nel nostro ordinamento »⁽¹⁸⁾. Il riconoscimento costituzionale operato dall'art. 49, tuttavia, continuava ad essere largamente percepito come un corpo estraneo, tanto da indurre molti autori a sminuirne la portata. È quanto fa lo stesso

(17) O. RANELLETTI, *Note sul progetto di Costituzione presentato dalla Commissione dei 75 all'Assemblea Costituente*, in « Foro Italiano », 1947, IV, pp. 81 e ss., ora anche *Costituzione criticata*, a cura di F. Gentile e P.G. Grasso, cit. p. 39.

(18) R. LUCIFREDI, *La nuova Costituzione italiana raffrontata con lo Statuto Albertino e vista nel primo triennio della sua applicazione*, Milano, SEL, 1952, p. 277.

Orlando ⁽¹⁹⁾ che, nel suo ultimo scritto datato 1952, procede ad una interpretazione che minimizza questa scomoda presenza. Un'interpretazione, cioè, essenzialmente mirata a dubitare della rilevanza giuspubblicistica dei partiti politici e più propensa invece a ricostruirne la posizione nell'ordinamento sotto il profilo, assai meno significativo e probabilmente più tranquillizzante, dell'associazionismo privato. Così come qualche anno prima aveva sostanzialmente fatto anche Pietro Virga nel suo scritto, uno dei primi sul tema nella storia repubblicana, *Il partito nell'ordinamento giuridico* ⁽²⁰⁾. Certamente, il basso profilo che, per ragioni di opportunità, i partiti politici in sede costituente decisero di adottare in ordine alla loro stessa disciplina, giustificava un certo disagio interpretativo; ciò nonostante, la scelta di ridurne la sostanza a semplici associazioni private sprovviste di rilevanza costituzionale sembra comunque una posizione che si spingeva ben al di là di quel comprensibile e giustificato disagio.

Forma di governo, quindi, ma anche partiti politici. Cos'altro non convinceva della nuova Costituzione? Più di un perplessità venne sollevata anche sull'inedito istituto del controllo accentratore di costituzionalità e, naturalmente, sul ruolo che avrebbe assunto la Corte costituzionale. Come è noto, sulla posizione di quest'ultima furono gli stessi costituenti a dimostrare, nella discussione svolta prima nelle sottocommissioni e poi in plenaria, di non avere le idee poi così chiare. Ed è perciò ovvio che la duplice natura politica e giuridica dell'istituto fosse destinata a creare preoccupazioni in dottrina. Preoccupazioni che si potevano risolvere neutralizzando uno dei due aspetti a favore dell'altro e affermando così, ad esempio, che per quanto « nel giudizio che essa deve pronunciare possano infiltrarsi, oltre a valutazioni di ordine tecnico-giuridico, anche valutazioni d'ordine politico, questa circostanza è soltanto un elemento accessorio » ⁽²¹⁾. Ma non mancarono anche prese di posizione assai più radicali, come quella del vecchio Orlando che rite-

⁽¹⁹⁾ V.E. ORLANDO, *Sui partiti politici. Saggio di una sistemazione scientifica e metodica*, in *Studi di sociologia e politica in onore di L. Sturzo*, Bologna, Zanichelli, 1953.

⁽²⁰⁾ P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1948.

⁽²¹⁾ LUCIFREDI, *La nuova Costituzione italiana*, cit., p. 197.

neva la Corte uno degli elementi « incompatibili col sistema parlamentare » (22), a causa della sua palese incongruenza con il basilare principio dell'equilibrio tra i poteri. Essa, affermava il giurista, « [...] per la stessa funzione affidatale, esclude la ricerca di un equilibrio poiché è chiamata a “giudicare”, cioè a stabilire quale degli organi in urto abbia ragione o torto » (23).

Infine, per concludere questa carrellata di critiche mosse alla nuova carta costituzionale, non si può fare a meno di citare l'aspetto che più di ogni altro ha attirato su di sé l'ostinata diffidenza di parte della dottrina: il principio della sovranità popolare. Se i costituenti avevano volutamente costruito con una certa vaghezza l'art. 49 e se, come detto, non avevano dimostrato una profonda consapevolezza nell'istituire la Corte costituzionale, l'art. 1, pur anch'esso generato attraverso un curioso e controverso iter (24), parlava comunque molto chiaro e non sembrava lasciare troppo spazio all'interpretazione. Proprio per questo stupiscono ancora di più le pronunce in senso contrario di molti autori. Amedeo Giannini, nel 1949, lamentava il timore che la carta costituzionale avesse aperto la porta ad una sorta di supremazia del diritto internazionale su quello interno, ma — quello che più importa — è che egli bollava tale eventualità come pericolosa perché in grado di « limitare fortemente [...] il dogma del dell'assolutezza della sovranità dello Stato » (25). Una formula, quella utilizzata dall'autore, in decisa contrapposizione con il dettato della carta costituzionale. Ma Amedeo Giannini non era il solo a considerare la sovranità dello Stato come un dogma. Sei anni più tardi, nella quarta edizione aggiornata del proprio manuale di diritto costituzionale, Emilio Crosa poneva la questione in termini ancora più perentori: « La sovranità quindi,

(22) ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo*, cit., p. 126.

(23) *Ibidem*. Tra virgolette nel testo.

(24) Sul modo con il quale il principio della sovranità popolare venne inserito nella carta costituzione, si veda il già citato saggio di M. FIORAVANTI, *Sovranità e forma di governo*, in *La Costituzione italiana*, a cura di M. Fioravanti e S. Guerrieri, Roma, Carocci Editore, 1999.

(25) A. GIANNINI, *Gli studi di diritto costituzionale in Italia (1848-1948)*, in « Rassegna di diritto pubblico », I, 1949, pp. 105-109, ora anche in *Costituzione criticata*, a cura di F. Gentile e P.G. Grasso, cit., p. 91.

come qualità giuridica dell'*imperium*, è una qualità pertinente esclusivamente allo Stato. Le attribuzioni di una tale qualità ad un elemento dello Stato o ad un organo di esso, in specie al popolo o al Monarca, non è conciliabile con la struttura personale dello Stato, con la configurazione di esso, cioè, quale persona giuridica, quale subietto di diritto »⁽²⁶⁾. Ovviamente la scelta di ignorare ostinatamente la lettera della Costituzione per porsi in contrasto con essa e continuare ad affermare il dogma della sovranità dello Stato non fu l'unica adottata. Ma anche nelle opinioni di coloro che si adoperarono per una soluzione di compromesso, non si può non leggere un atteggiamento di ossequio nei confronti del testo costituzionale che faticava ad andare al di là della forma. Amorth, ad esempio, considerava che il principio della sovranità popolare consacrato nell'art. 1 avesse il significato di escludere tutte quelle forme di legittimazione del potere politico diverse « dal popolo, inteso come sostanza prima dello Stato »⁽²⁷⁾. Ma una volta precisato questo, egli giungeva comunque alla conclusione che: « in questo senso può anche affermarsi che il principio della sovranità popolare coincide col principio della sovranità dello Stato »⁽²⁸⁾.

Sovranità popolare, Corte costituzionale, partiti politici e, più in generale, il complessivo disegno della forma di governo. Evidentemente, le critiche appena descritte investivano in pieno le mura portanti dell'architettura costituzionale, ma non si limitarono ad esse. Passando dal particolare al generale, infatti, numerose perplessità vennero sollevate sulla complessiva bontà tecnica della carta. Era chiaro anche agli occhi dei commentatori dell'epoca che essa non fosse tanto il frutto de « l'opera di giuristi scaltriti nel maneggio degli strumenti propri dell'arte giuridica e coscienti della delicatezza degli ingranaggi che devono connettere un ordinamento », quanto piuttosto il risultato delle discussioni dei « politici, i quali si sono sforzati in tutti i modi di inserire nel testo costituzionale certe loro ideologie sociali, certi principi ad essi cari, certe direttive di

⁽²⁶⁾ E. CROSA, *Diritto Costituzionale*, Torino, UTET, 1955⁴, p. 65.

⁽²⁷⁾ A. AMORTH, *La Costituzione italiana (commento sistematico)*, 1948, in Id., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1999, vol. III, p. 1078.

⁽²⁸⁾ *Ibidem*.

partito »⁽²⁹⁾ e una constatazione di questo genere, naturalmente, non poteva soddisfare i tecnici del diritto. Assolutamente *tranchant* il commento del solito Amedeo Giannini: « Non è certamente argomento di compiacimento vedere adottata una costituzione come è quella del 1947, che non è certo degna della scuola italiana. Ma il legislatore non fa la dottrina, e, quando è ignaro, come facilmente avviene in una costituente raffazzonata in un periodo di crisi, fa leggi contro dottrina e magari contro il buon senso. Come è avvenuto in Italia e in Francia »⁽³⁰⁾. Ma anche Amorth⁽³¹⁾ lamentava il difetto di una Assemblea Costituente elefantiaca e poco efficiente e, soprattutto, assai poco tecnica. Agli occhi di questi giuristi lo scarso coinvolgimento dei tecnici del diritto nella redazione della carta aveva già, purtroppo, dato i suoi frutti. Una costituente più tecnica, secondo Ranelletti⁽³²⁾ ad esempio, avrebbe saputo scegliere meglio i fondamentali contenuti giuridici da cristallizzare nella Costituzione ed essa, quindi, non sarebbe pertanto risultata così eccessivamente dettagliata. Ma soprattutto si sarebbe potuto evitare quel profluvio di « dichiarazioni costituzionali a carattere prevalentemente programmatico »⁽³³⁾ che così poco somigliavano ad una norma giuridica e che perciò, come vedremo meglio in seguito, erano destinate a suscitare più di una perplessità.

Al termine di questa estesa panoramica, peraltro comunque parziale per ovvi motivi di spazio, proviamo quindi a tirare le fila del ragionamento. Certo è che l'atteggiamento diffidente e spesso ostile nei confronti della carta costituzionale era piuttosto diffuso e, dobbiamo dirlo, ben rappresentato in dottrina. Questo, naturalmente, non spiega ancora tutto; soprattutto non spiega ancora perché l'idea stessa di Costituzione abbia avuto una vita così difficile

⁽²⁹⁾ A. MESSINEO, *La Costituzione della Repubblica italiana*, in « La Civiltà cattolica », a. 99^o, 1948, vol. I, q. 2346, 13 marzo 1948, pp. 595-607, ora anche in *Costituzione criticata*, a cura di F. Gentile e P.G. Grasso, cit., p. 50.

⁽³⁰⁾ A. GIANNINI, *Gli studi di diritto costituzionale*, cit., p. 89.

⁽³¹⁾ AMORTH, *La Costituzione italiana*, cit.

⁽³²⁾ RANELLETTI, *Note sul progetto di Costituzione*, cit.

⁽³³⁾ P. VIRGA, *Origine contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, in « Rassegna di diritto pubblico », I, 1948, pp. 255-256, ora anche in *Costituzione criticata*, a cura di F. Gentile e P.G. Grasso, cit., p. 74.

in Italia. Occorre comprendere, infatti, quanta forza attrattiva avessero queste posizioni, quale fosse la loro capacità di diffondersi e di sopravvivere alle voci che le esprimevano. Si tratta, in altre parole di ricostruire quale cultura giuridica le alimentava, quale complessiva *Weltanschauung* si esprimeva attraverso esse.

2.2. *La perdurante eredità liberale e la nuova Costituzione.*

Il richiamo ad una perdurante impronta liberale sembra essere il cappello più adatto a raccogliere le varie posizioni illustrate nel paragrafo precedente. Naturalmente è questo un contenitore piuttosto ampio che abbisogna di un'analisi più dettagliata.

Il primo e più importante precipitato della cultura liberale, ancora assai vivo negli scritti giuridici del secondo dopoguerra, è certamente quella raffinata costruzione dogmatica rappresentata dal *Rechtsstaat* italiano. Le considerazioni di Capograssi evidenziano infatti un denominatore comune con le critiche di Orlando e Ranelletti alla forma di governo repubblicana. Tutte prendono cioè le mosse dal confronto — ovviamente inevitabile ma oltre una certa misura come vedremo anche fuorviante — tra l'esperienza costituzionale contemporanea e quella del secolo precedente. Lo Stato di diritto dell'età liberale, infatti, non rappresentava solo un normale termine di paragone per comprendere e descrivere la nuova architettura costituzionale; esso veniva anche utilizzato da questa parte di dottrina per misurare la validità e la bontà di quest'ultima. Ce ne accorgiamo facilmente seguendo la traccia dei suggerimenti forniti da Orlando e Ranelletti. Criticare la Consulta in quanto potenziale minaccia al principio della centralità del Parlamento, cercare di recuperare un ruolo più forte del Presidente della Repubblica nel processo di formazione dell'esecutivo, ipotizzare infine che lo stesso esecutivo dovesse rispondere nella propria azione al programma politico delle forze di maggioranza senza però essere da queste direttamente tenuto. Tutte queste posizioni non significavano altro che proporre un ritorno allo Statuto o, quantomeno, una riedizione repubblicana della forma di governo statutaria. In particolare, ritorna prepotente la ricerca del classico meccanismo della doppia legittimazione (politica e statutale) dell'esecutivo. Certo, non c'era

più la figura del monarca, ma per i nostri autori anche un qualsiasi Presidente della Repubblica avrebbe comunque potuto essere sufficiente a fornire quella decisiva approvazione in grado di depurare l'esecutivo dalla sua eccessiva caratterizzazione politica, consentendo così « di qualificare il governo medesimo quale organo dello Stato »⁽³⁴⁾. Nell'immediato dopoguerra, pertanto, era sempre viva nella mente e nel cuore di molti costituzionalisti la speranza di riuscire a ricondurre la ancora fluida situazione della rinata democrazia italiana sui binari, rodati e familiari, del modello dello Stato di diritto liberale. Va certamente letta in questa chiave di lettura anche quella tenace ostinazione nel rifiutare il dettato dell'art. 1 della carta costituzionale, recante il principio della sovranità popolare. Sappiamo infatti che uno dei pilastri portanti della costruzione teorica dello Stato di diritto era certamente rappresentato dal potente concetto di personalità giuridica dello Stato e dal dogma, più volte ricordato, della sua sovranità. Si trattava di due concetti difficili da scindere, come notava limpidamente Crosa nello scritto citato in precedenza⁽³⁵⁾. L'eventualità che cadesse il secondo, metteva infatti in grave pericolo anche il primo e i rischi, agli occhi dei nostri giuristi, dovettero sembrare insostenibili. Si paventava un pericolosissimo salto nel buio, una sorta di ritorno all'anno zero della scienza del diritto pubblico.

La grande costruzione teorica del *Rechtsstaat* italiano, dunque, manteneva intatta nel secondo dopoguerra tutta la propria autorevolezza; ma sarebbe sbagliato interpretare la diffidenza verso la Costituzione manifestata da parte della dottrina come una semplice difesa delle proprie categorie scientifiche e delle proprie elaborazioni. Fu anche questo, ma certamente non fu solo questo. La fine architettura dogmatica dello Stato di diritto, del resto, non si reggeva in piedi da sola. A sostenerla contribuiva infatti un altro imprescindibile portato della cultura giuridica liberale: vale a dire la sua marcata componente storicistica; che aveva peraltro, al tempo stesso, ascendenze britanniche e germaniche.

Il modello costituzionale inglese, infatti, aveva rappresentato

⁽³⁴⁾ FIORAVANTI, *Sovranità e forma di governo*, cit., p. 57.

⁽³⁵⁾ Cfr. la nota n. 26.

per l'Italia liberale un costante riferimento ideale ⁽³⁶⁾ e, soprattutto, aveva fornito alla cultura politica nostrana l'esempio di un corretto sviluppo dell'ordinamento statale in relazione ai mutamenti della realtà sociale, secondo il concetto fondamentale di *progresso moderato*. Il tentativo di assorbire all'interno del paradigma liberale le istanze democratiche che premevano dal basso, ben rappresentato dal progetto politico giolittiano cui collaborò significativamente lo stesso Orlando, si fondava su una imprescindibile esigenza di continuità istituzionale. Se la crisi in cui lo Stato moderno era piombato sin dai primi anni del secolo XX aveva messo in evidenza la necessità, non più rinviabile, di trovare meccanismi adeguati per agganciare l'ordinamento giuridico ad una realtà sociale che dimostrava sempre maggiore effervescenza, era proprio l'ispirazione storicistica a supplire a questa necessità. Essa permetteva infatti di aprire al nuovo, senza rinunciare a quanto la tradizione aveva stratificato, di preservare cioè prima di tutto la continuità dell'ordinamento, senza tuttavia sclerotizzarlo in una pericolosa autoreferenzialità. Così facendo sarebbe stato possibile superare il profondo fossato posto a divisione tra la realtà sociale e l'ordinamento giuridico, permettendo alla prima di condizionare il secondo, ma evitando al tempo stesso che i fermenti sociali penetrassero in maniera sconsiderata e priva di filtro all'interno dell'edificio statale. Era questa esigenza che aveva spinto la dottrina di età liberale a maturare una certa sensibilità verso la realtà sociale. Era di marcata impronta *storicistica*, insomma, il celebre *realismo* di Orlando, sul quale si soffermarono molti degli autori chiamati, sulle colonne della « Rivista trimestrale di diritto pubblico » nel 1953, a commemorare la scomparsa del grande maestro ⁽³⁷⁾. Certo, sottolineare il

⁽³⁶⁾ Sull'influenza esercitata dal modello inglese sulla cultura politica italiana, a partire dall'età crispina, si cfr. F. CAMMARANO, *Il progresso moderato. Un'opposizione liberale nella svolta dell'Italia crispina (1887 — 1892)*, Bologna, Il Mulino, 1990 nonché, dello stesso autore, Id., *Una "Whiggery" italiana? Un'opposizione moderata al progetto crispino*, in *Il partito politico nella belle époque*, a cura di G. Quagliariello, Milano, Giuffrè, 1990.

⁽³⁷⁾ Così soprattutto C. ESPOSITO, *La dottrina del diritto e dello Stato di Vittorio Emanuele Orlando*, ma anche F. CARNELUTTI, *Incontri con Orlando* oppure P. CALAMAN-

realismo di Orlando rispondeva alla ovvia necessità di attualizzarne il più possibile il pensiero, di cogliere cioè quegli aspetti del suo insegnamento che potevano risultare più utili per fronteggiare le problematiche costituzionali dei primi anni Cinquanta. Tuttavia, si trattava di un tentativo destinato all'insuccesso, poiché, come nota efficacemente Ridola, la costante valorizzazione del « legame tra il diritto pubblico e la tradizione » finiva inevitabilmente per « porre seriamente in dubbio l'attualità della lezione orlandiana nel nuovo contesto costituzionale »⁽³⁸⁾. E a dimostrazione di quanto l'approccio storicistico, ancora nel secondo dopoguerra, continuasse ad essere diffuso, si può ricordare l'opinione di Crosa, che continuava a sottolineare l'errore macroscopico di chi immaginava il diritto costituzionale come una creazione normativa erigibile ex novo « recidendo del tutto ogni relazione con nessi e sviluppi di carattere storico »⁽³⁹⁾. Ma anche Tesauro⁽⁴⁰⁾ elogiava il valore dell'esperienza costituzionale britannica evolutasi progressivamente nel tempo, utilizzandola come metro di misura per stigmatizzare l'inadeguatezza delle soluzioni adottate in Francia ed in Italia. In questi ultimi due paesi, egli afferma, il costituente ha infatti voluto impennare l'intero ordinamento giuspubblicistico sulla centralità del Parlamento; tuttavia, la tendenza all'eccesso di normazione ha finito per rendere questa istituzione immobilizzata dai troppi freni legislativi e dagli eccessivi contrappesi. Ben diversa, invece, la situazione in Inghilterra dove era la Corona e non l'Assemblea parlamentare la prima istituzione del sistema costituzionale. Il che, notava tuttavia Tesauro, non aveva affatto impedito al Parlamento inglese di conquistare e di radicare con il tempo i propri spazi e la propria autonomia fino a diventare sicuramente la più autorevole istituzione britannica. Ancora una volta si trattava di una celebrazione del senso

DREI, *Orlando avvocato*. Tutti i contributi sono contenuti in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 1953.

⁽³⁸⁾ P. RIDOLA, *Gli studi di diritto costituzionale*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », n. 4, 2000, pp. 1256-1257.

⁽³⁹⁾ E. CROSA, *Orlando maestro e scienziato: i suoi contributi al diritto costituzionale*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 1953, p. 29.

⁽⁴⁰⁾ A. TESAURO, *Il sistema parlamentare nell'ordinamento inglese ed in quello francese e italiano*, in « Rassegna di diritto pubblico », I-II, 1952, pp. 121-145.

della storia e della tradizione, questa volta contrapposta agli eccessi normativi del costituzionalismo contemporaneo. Eccessi stigmatizzati anche dallo stesso Orlando che, a proposito della carta del 1948, affermava che « specie nelle costituzioni e tanto peggio se rigide, la diffusione e le specificazioni normative sono pericolose e dannose »⁽⁴¹⁾.

Ma lo storicismo che permeava negli anni Cinquanta la cultura di una parte importante della giuspubblicistica italiana, come accennato, non affondava le radici soltanto nel modello britannico. Esisteva, al contrario, un debito di riconoscenza anche nei confronti della grande tradizione della scuola storica tedesca, che emerge con chiarezza sotto vari profili. È noto, infatti, come Orlando abbia tratto dalla tradizione savigniana uno dei concetti chiave della propria ricostruzione dogmatica, quello di popolo. Una nozione che richiama certamente la teorica del *Volksgeist*, lo spirito del popolo che, col fluire secolare della storia, permea di sé l'ordinamento giuridico compenetrandosi ad esso e che si attaglia perfettamente a quelle che erano le necessità dottrinali della nascente scuola giuridica italiana: « offre un robusto fondamento allo Stato e, nello stesso tempo, sprovvisto di autonome e sostantive articolazioni, tende a risolversi senza residui nello Stato »⁽⁴²⁾. Ma, nell'ottica del presente discorso, esiste un'eredità ancora più significativa che la scuola storica tedesca aveva consegnato alla giuspubblicistica italiana: il modo con il quale questa aveva imparato a guardare a sé stessa. Il principale obiettivo che Orlando si era prefissato, sul finire del secolo XIX, era stato quello di dare dignità scientifica al diritto costituzionale, depurandolo da tutte quelle influenze storiche, filosofiche e sociologiche che lo rendevano, al confronto col diritto privato, una disciplina priva di una propria identità. Ma la costruzione dell'oggetto dell'indagine era soltanto una faccia della medaglia. L'altra faccia, assolutamente inscindibile dalla prima, era rappresentata dalla creazione di una scuola giuridica nazionale. Occorreva certamente definire la disciplina, l'oggetto dell'analisi, ma la

⁽⁴¹⁾ ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo*, cit., p. 105.

⁽⁴²⁾ P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. Vol. III — *La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 230.

scienza del diritto pubblico aveva soprattutto bisogno di scienziati del diritto pubblico. E non si trattava solo di un'esigenza pratica; si trattava di recepire la lezione savigniana sul ruolo del giurista: non un semplice esegeta passivo, ma un critico che non rinunciava a svolgere una funzione attiva — o ancor meglio creativa — nell'elaborazione del diritto. Era un'immagine del ceto giuridico che risultava particolarmente funzionale alle esigenze dello Stato liberale: se Stato e diritto risultavano infatti un binomio inscindibile, il ceto dei giuristi risultava indispensabile al primo come al secondo. Pertanto il confine tra l'essere tecnici del diritto o politici del diritto si assottigliava inevitabilmente, fino quasi a smarrirsi⁽⁴³⁾. Non lo testimonia solo la straordinaria vicenda personale di Orlando, ma anche le sue stesse parole. In un discorso alla Camera tenuto nel 1912 egli, rivolgendosi ai suoi colleghi deputati nel sollevare una questione di interpretazione, affermava significativamente per inciso: « [...] qui siamo tutti giuristi; naturalmente, essendo legislatori, dobbiamo essere *a fortiori* giuristi [...] »⁽⁴⁴⁾.

Si tratta a questo punto di capire quali effetti l'innesto di questa duplice eredità storicistica sul tronco della costruzione dogmatica del *Rechtsstaat* abbia prodotto nell'approccio che parte della dottrina dimostrò nei confronti della Costituzione.

Sembra possibile affermare che la costruzione teorica dello Stato di diritto, intersecandosi con la tradizione storicistica di stampo britannico che sosteneva la necessità di un progresso moderato e senza fughe in avanti, abbia contribuito in maniera determinante ad importare nel nuovo clima repubblicano il collaudato paradigma statocentrico⁽⁴⁵⁾ e a riprodurlo intatto, così come era stato impostato nell'alveo dell'Italia statutaria. Era probabilmente naturale che così fosse del resto, visto che questa centralità dello Stato

(43) Così anche M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, a cura di G. Gozzi e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1987.

(44) V.E. ORLANDO, *Discorso in tema di riforma della legge elettorale politica. Tornata del 15 maggio 1912*, in *Discorsi parlamentari di Vittorio Emanuele Orlando*, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1965, vol. III, p. 1006.

(45) P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, Milano, Giuffrè, 1986.

aveva rappresentato la cornice indiscussa all'interno della quale si erano strutturate tutte le riflessioni giuridiche dell'età liberale; compresa quella meno univoca e più controversa sotto il profilo interpretativo: l'istituzionalismo di Santi Romano ⁽⁴⁶⁾. Ma che cosa comportava questo nel 1948? Se tutta la cultura giuridica liberale si era costruita ponendo lo Stato come riferimento unico e centrale del panorama giuspubblicistico, era evidente che, una volta inserito in tale orizzonte un nuovo termine, la Costituzione appunto, questa ricostruzione sarebbe entrata in crisi. E non semplicemente perché la carta mettesse scompiglio nel quadro, ma per una ragione assai più pregnante. La convivenza tra la cultura liberale dello Stato e la Costituzione, infatti, restava possibile a patto di concepire quest'ultima unicamente come l'insieme delle norme volte a disciplinare il funzionamento degli organi dello Stato e le loro relazioni. A patto cioè di subordinare le ragioni della costituzione a quelle del totem statale. Era questo il significato delle critiche mosse alla lunghezza della Costituzione, agli eccessi di normatività dei moderni costituenti. Una carta costituzionale breve, con poche e chiare disposizioni non poteva che limitarsi a dettare la disciplina delle relazioni tra gli organi dello Stato. Lo dice chiaramente Amorth che basa la sua avversione per una costituzione lunga su ragioni di « realismo giuridico e, a un tempo, di scetticismo sulla efficacia giuridica di quella parte della costituzione diversa dalla organizzazione dello Stato » ⁽⁴⁷⁾. Ben diversa era invece la natura della nostra carta, in linea con le tendenze del moderno costituzionalismo: essa recla-

⁽⁴⁶⁾ Cfr. M. FIORAVANTI, "Stato giuridico" e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano (1897-1909), in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, Tomo I, pp. 277 e ss. Il tentativo di Romano di tradurre in termini di ordinamento giuridico il fermento dei propri tempi rispondeva alla medesima esigenza avvertita da Orlando, quella di tradurre quest'ultimo in un linguaggio comprensibile alla cultura giuridica e politica dell'età liberale. All'atto pratico, cioè, tutti questi giuristi condividevano un medesimo obiettivo: assorbire all'interno del progetto giuridico e politico dello Stato di diritto la realtà sociale del tempo, per evitare che questi due termini entrassero in radicale conflitto tra loro e che uno dei due si potesse affermare sull'altro annullandolo.

⁽⁴⁷⁾ A. AMORTH, *Il contenuto giuridico della Costituzione*, 1946, ora in Id., *Scritti giuridici 1940-1948*, Milano, Giuffrè, 1999, vol. II, p. 793.

mava, anche di fronte allo Stato, un ruolo da protagonista. Si proponeva cioè di stare *sopra* lo Stato, di venire *prima* dello Stato.

Tuttavia, il profilarsi di un antinomia Stato *versus* Costituzione non può essere spiegata semplicemente chiedendosi quali dei due termini dovesse occupare il centro della scacchiera nella riflessione giuspolitica. Si spiega anche con riferimento alla diversa natura di questi due concetti. Si arriva così al secondo portato culturale, prodotto dalla combinazione dell'eredità dogmatica del *Rechtsstaat* con la tradizione storicistica di derivazione savigniana relativa al ruolo della dottrina. Se la scuola giuridica nazionale si era adoperata per costruire e difendere il concetto di *Stato di diritto*, è adesso sull'attributo giuridico posto accanto al soggetto statale che va posta l'attenzione. Cosa significava qualificare lo Stato come *di diritto*? Molto, quasi tutto, tanto che separare in due diverse locuzioni l'espressione *Stato di diritto* appare addirittura fuori luogo. Lo Stato che la dottrina liberale aveva costruito non poteva che essere giuridico, costruito e strutturato attraverso il diritto che, d'altro canto, giocava anche il ruolo di custode e unico garante dell'edificio statale. Era in fondo la stessa intuizione maturata qualche anno prima in Germania da Gerber e poi coltivata prima da Laband e poi da Jellinek⁽⁴⁸⁾, secondo una linea prevalente di continuità, generalmente riconosciuta in letteratura⁽⁴⁹⁾. Proprio la lezione gerberiana ci insegna che non si può comprendere il senso profondo della necessità di produrre una costruzione rigorosa e scientifica del diritto pubblico, se la si separa dalla parallela esigenza di fondazione e legittimazione teorica dello Stato. Solo la dimensione giuridica, dall'alto della sua certezza e della sua neutrale scientificità era in grado di attribuire allo Stato la solidità e robustezza indispensa-

(48) Per quanto riguarda C.F. VON GERBER si vedano *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865 e *Über öffentliche Rechte* (1852), Tübingen, Mohr, 1913. Per quanto riguarda P. LABAND, l'opera di riferimento è certamente *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* (1876-1882), Tübingen, Mohr, 1911-1914. Mentre il riferimento testuale obbligato per il pensiero di G. JELLINEK è naturalmente la *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, O. Haring, 1900.

(49) Cfr. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979 e anche COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. Vol. III, cit.

bili per renderlo inattaccabile. Ma da quali pericoli occorreva difendere il binomio inscindibile Stato-diritto? Dalla politica, dalla variabilità e dall'incertezza che essa portava con sé e che era in grado di minare sia il fondamento teorico e scientifico delle istituzioni statuali, sia la stessa esistenza di queste ultime, conducendo così ad un pericoloso e totale salto nel vuoto. Una politica che pretendesse di vivere al di fuori dell'ombrello giuridico-statuale o, ancor peggio, che pretendesse di considerarsi un *prius* rispetto ad esso, era quanto di più pericoloso potesse immaginare la cultura dell'età liberale. Ora, proprio questa originaria impostazione del discorso imprimeva un senso profondo alla peculiare interpretazione del ruolo del giurista che la culturale liberale aveva consegnato all'Italia repubblicana. La sovrapposizione di piani tra tecnico del diritto e politico del diritto rispondeva infatti alla necessità di comporre entrambe queste dimensioni nelle mani, sapienti ed affidabili, della dottrina giuridica. Quest'ultima, quindi, si presentava all'appuntamento con la stagione repubblicana con la profonda convinzione di ricoprire ancora questo fondamentale ruolo. E per affermarlo, continuava a ribadire la superiorità delle proprie ragioni, delle ragioni del diritto, su quelle della politica. Riflettendo sui diritti subiettivi, ad esempio, Crosa ce ne offre una significativa dimostrazione: « Le dottrine che hanno scorto nel diritto subbiiettivo essenzialmente un antagonismo fra Stato e individuo non sono teorie giuridiche, ma dottrine politiche in cui convergono relitti giusnaturalistici. Esse inoltre non considerano il rapporto sotto un aspetto giuridico, ma esclusivamente politico [...] »⁽⁵⁰⁾. Raramente come in queste parole troviamo usata un'accezione tanto limitativa e tanto spregiativa del termine politica. Esso viene usato sistematicamente per smuovere, per qualificare una tesi come antiscientifica. Dovendo liquidare una teoria o un'opinione, l'autore non trova infatti espressione più efficace del definirla politica, quindi antiggiuridica per definizione, indegna di essere affrontata in un manuale di diritto costituzionale, indegna di attenzione se non a titolo meramente descrittivo. La superiore qualità della scienza giuridica rappresentava pertanto l'unica ancora di salvezza per non smarrirsi nel fluire degli

⁽⁵⁰⁾ CROSA, *Diritto Costituzionale*, cit., p. 124.

eventi storici alimentati dalla volontà degli uomini. Lo ribadisce chiaramente anche Orlando in uno scritto particolarmente significativo, poiché contiene la prolusione da lui pronunciata nel 1947, nel momento del suo ritorno all'insegnamento: « Gli sviluppi ulteriori delle istituzioni e degli ordinamenti giuridici presuppongono sempre un corso di eventi storici sul quale agiscono in una misura reciprocamente indefinibile, tanto la volontà degli uomini quanto l'influenza di leggi ineluttabili: in ambedue i casi all'infuori di ogni prevedibilità. Per ciò appunto, le dottrine giuridiche hanno una sensibilità meno pronta e più limitata, ma in compenso incomparabilmente più sicura verso le nuove formazioni che tocchino la struttura degli Stati. Non hanno vasti campi su cui spaziare, ma restano collegate con la realtà e possono registrarne gli atteggiamenti e le conseguenze effettive, nel campo delle trasformazioni istituzionali, normalmente lentissime ma coordinate »⁽⁵¹⁾.

Si impone, però, a questo punto, una precisazione. Quanto si intende affermare non è che l'eredità liberale di cui si sta parlando consistesse nella distinzione tra diritto e politica; che siano due piani differenti è un'evidenza difficilmente discutibile. E non si tratta neppure di ragionare sulla possibilità o meno di individuare un punto di intersezione, un comune terreno di confronto tra essi; problema sul quale, peraltro, recenti dottrine di stampo politologico si sono pronunciate in maniera drasticamente negativa⁽⁵²⁾. Il portato della cultura giuridica liberale era un altro. Era l'impossibilità di riconoscere alle ragioni della politica una dignità paritaria rispetto a quelle del diritto. Allorquando la prima avesse preteso di incidere sui contorni o sugli scopi dell'edificio statale, avrebbe ne-

⁽⁵¹⁾ V.E. ORLANDO, *La rivoluzione mondiale e il diritto*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 728-729.

⁽⁵²⁾ Così ad esempio Miglio: « [...] è necessario — a mio avviso — liberarsi dall'idea che i rapporti politici possano essere convertiti in rapporti giuridici: diritto e politica sono da sempre due realtà autonome ed eterogenee; tra di loro è estremamente difficile — forse impossibile — scorgere legami che consentano di prospettare qualcosa di più che una interferenza strutturale » (G. MIGLIO, *Oltre Schmitt*, in *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, a cura di G. Duso, Venezia, Arsenale Cooperativa Editrice, 1981, p. 43). Senza poter entrare troppo nel merito della tesi, è tuttavia impossibile tacere che essa appare eccessivamente settoriale agli occhi di chi, come lo storico del diritto, è abituato ad oltrepassare frequentemente gli steccati interdisciplinari.

cessariamente avuto bisogno di venire filtrata dal secondo. E questo passaggio, sia chiaro, non era per niente neutrale. Non si limitava cioè ad una semplice traduzione da un linguaggio ad un altro, ma consisteva più esattamente in un adattamento, nel quale uno dei due termini, quello giuridico, veniva tenuto fermo e l'altro, veniva ad esso piegato. Ecco quindi perché di fronte alla Costituzione il problema della dialettica tra diritto e politica diventa ineludibile e pone interrogativi pressanti alla dottrina giuspubblicistica sul suo stesso ruolo: perché la carta costituzionale si presenta prepotentemente come il luogo in cui i due termini del dilemma tendevano a unirsi ed a confondersi. Emerge con chiarezza allora, quello che dovette sembrare a molti giuristi una sorta di peccato originale della carta costituzionale: il pretendere di essere una norma giuridica, quando era invece il frutto di una volontà politica. E non si trattava, evidentemente, di un semplice problema di tecnica legislativa. A preoccupare era la possibilità che la genesi di una norma di diritto pubblico trovasse origine in una volontà completamente esterna rispetto all'ordinamento. Eventualità che avrebbe messo in pericolo quest'ultimo e, con esso, l'intero paradigma disciplinare della scienza di diritto pubblico. Di fronte al pericolo di confondere i due terreni, pertanto, una parte della dottrina ritenne che la soluzione migliore fosse quella di continuare a separare nettamente diritto e politica distinguendo, anche all'interno del testo costituzionale, le norme effettivamente giuridiche da quelle che invece avevano un significato meramente politico. Convinti così, non solo di ristabilire con nettezza i confini del proprio campo di indagine, ma soprattutto di ristabilire — all'interno di questo — le dovute priorità. Fu una posizione legittima, ma non fu — come vedremo adesso — l'unica.

3. *La dottrina che accolse la Costituzione: una pluralità di voci.*

3.1. *Aprire alla Costituzione.*

Si è ripetuto spesso che l'accoglienza fredda nei confronti della Costituzione italiana descritta nelle pagine precedenti proveniva

solo da una parte, per quanto autorevole, della giuspubblicistica. Molti giuristi tennero infatti un atteggiamento del tutto diverso. A dimostrazione del fatto che risulta quanto mai inadeguato il tentativo di dipingere la dottrina nel suo complesso come sostanzialmente inadatta alla comprensione della grande stagione di cambiamento inaugurata con la fase costituente, perché troppo arroccata nella difesa di schemi e categorie ormai sorpassati.

Al contrario, una parte significativa della dottrina affrontò il passaggio costituente — prendendovi spesso parte attiva — con entusiasmo, leggendovi l'occasione per un rinnovamento catartico che potesse promuovere l'educazione politica e quindi la rinascita del senso civico nel popolo italiano ⁽⁵³⁾. La carta costituzionale, con tutto il suo carico — a volte dirompente — di novità non venne quindi solo criticata o minimizzata. Molti giuristi, al contrario accettarono la sua sfida, non si spaventarono di fronte ad essa e accettarono di rimettere in discussione le proprie categorie nell'interpretarla. E vi riposero infine talmente tanta fiducia, da richiederne con forza l'attuazione quando moltissime sue disposizioni promettevano di rimanere lettera morta. È il caso di Calamandrei che lanciò spesso i propri strali contro quella inattuazione che dovette sembrargli un vero e proprio scempio; uno scempio che riduceva l'architettura costituzionale faticosamente progettata in « una casa senza tetto: dentro ci piove [...] ». Mancano i muri divisorii interni, cioè l'ordinamento regionale, manca l'ultimo piano (il Consiglio nazionale dell'Economia e del lavoro, il Consiglio superiore della magistratura); ma soprattutto manca la cuspide e il lucernario, cioè la Corte Costituzionale » ⁽⁵⁴⁾. Ma si può citare, nello stesso senso, anche l'appello a favore dell'attuazione costituzionale firmato da oltre quaranta giuristi che, l'anno successivo, Massimo Severo Giannini ⁽⁵⁵⁾ presentava sulla rivista « Società ». La preoccupazione dell'autore per la paradossale situazione di impasse nella quale la carta si era venuta a trovare, veniva cristallizzata nel concetto di

⁽⁵³⁾ Così, tra gli altri, P. CALAMANDREI nella *Prefazione a La Costituzione italiana: commento analitico*, a cura di G. Baschieri, L. Bianchi D'Espinosa e C. Giannattasio con Prefazione di P. Calamandrei, Firenze, Nocchioli, 1949.

⁽⁵⁴⁾ CALAMANDREI, *Mantener fede alla Costituzione*, cit., p. 241.

⁽⁵⁵⁾ M.S. GIANNINI, *La Costituzione "fluida"*, in « Società », 1951, pp. 497 e ss.

fluidità. Fluidità che indicava la stasi di una carta impossibilitata ad entrare in funzione come costituzione rigida, in quanto mancavano gli strumenti attuativi, ma impossibilitata altresì a funzionare come costituzione flessibile, perché pensata e scritta per operare come costituzione rigida. E persino quando molti anni dopo, nel trarre i primi bilanci dell'esperienza repubblicana, la sempre più evidente crisi di funzionamento delle istituzioni venne imputata ai limiti intrinseci del testo costituzionale, questi giuristi difesero a spada tratta il lavoro dell'Assemblea costituente. Mortati ⁽⁵⁶⁾, ad esempio, nel 1969 negava che le problematiche emerse trovassero origine in difetti di fabbricazione del testo costituzionale. E rilanciava: piuttosto essi andavano imputati ad un'attuazione incompleta di esso e ad una prassi troppo spesso sviluppatasi al di fuori dei binari da questo tracciati.

Risulta pertanto chiaro il modo assai diverso con il quale questi giuristi affrontarono quel 1 gennaio 1948, che così radicalmente aveva cambiato l'orizzonte, non solo normativo, nel quale essi si muovevano. Spostandoci dal generale al particolare, ed entrando quindi nel merito degli istituti previsti dalle singole disposizioni costituzionali, tutto questo diviene ancora più evidente.

La questione della sovranità popolare, ad esempio, è un'ottima cartina di tornasole. Su di essa Carlo Esposito ⁽⁵⁷⁾, un giurista certo assai attento alle ragioni della tecnica e della dogmatica (tanto da essere sovente accusato di formalismo) ⁽⁵⁸⁾, dimostrò di non nutrire molti dubbi. Non solo egli affermò che la formula di una sovranità che « appartiene al popolo » fosse assolutamente preferibile a quella, alternativamente proposta di una sovranità che invece « emana dal popolo », ma non esitò a ritenere il nuovo principio

⁽⁵⁶⁾ C. MORTATI, *Mancati adempimenti costituzionali (considerazioni su)*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, 1969, ora in *Id.*, *Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 1972, vol. IV.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in « Rassegna di diritto pubblico », 1948 ora in *Id.*, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954.

⁽⁵⁸⁾ La superficialità di tali accuse venne evidenziata da Mortati, nel ricordare l'amico scomparso in C. MORTATI, *Realismo e certezza del diritto nel pensiero di Carlo Esposito*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 1965, ora in *Id.*, *Raccolta*, cit., vol. III, pp. 253 e ss.

della sovranità popolare un passo in avanti rispetto alle precedenti dottrine fondate sul dogma della sovranità statale. Il confronto con la dottrina precedente sembrava inevitabile e ad esso non si sottrasse neppure Crisafulli. In una sua presa di posizione assai nota, egli stigmatizzò duramente l'atteggiamento generale di chi considerava certe disposizioni costituzionali alla stregua di « scomode disturbatrici di una routine dottrinale, che tende in generale a proseguire sul binario tracciato dalla giuspubblicistica italiana anteriore e, prima ancora, dalla grande scuola germanica del secolo XIX »⁽⁵⁹⁾. E venendo allo specifico dell'art. 1 C., concludeva non senza stupore: « All'ingrosso il ragionamento comune è molto curioso: sovrano è solo lo Stato perché così risulta, non già — si badi — da un qualsiasi testo di diritto vigente, ma [...] dalla dottrina (anteriore); se, dunque, la Costituzione sembra dire il contrario o almeno cosa diversa, è la Costituzione che ha torto, perché non sta alle regole (ai “dogmi”) della dottrina, e tanto peggio per la Costituzione! »⁽⁶⁰⁾.

Comincia così a delinarsi un secondo fronte dottrinale, diverso e contrapposto a quello descritto nel paragrafo precedente; per nulla arroccato a difesa delle categorie tradizionali, ma al contrario ben predisposto a rimetterle in gioco. L'interpretazione dell'art. 49, C. e del ruolo che questa norma aveva assegnato ai partiti politici ne è un'ottima conferma. Il sospetto con il quale i giuristi più legati alla tradizione guardavano ad essa scompare, per lasciare il posto ad un atteggiamento diverso. E non si trattò di una semplice apertura di credito. La costituzionalizzazione dei partiti, lungi dal sembrare un alieno giuridico, appariva invece assolutamente ovvia e necessaria a chi, come Mortati, li riteneva ormai « coesenziali al funzionamento delle istituzioni costituzionali e perciò elemento integrante della forma di governo »⁽⁶¹⁾. Anzi, a causa del contenuto volutamente vago della norma costituzionale, questa riconoscimento di rilevanza pubblicistica probabilmente sembrò ai nostri

⁽⁵⁹⁾ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, Padova, Cedam, 1957, vol. I, p. 412.

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁶¹⁾ C. MORTATI, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, cit., vol. III, p. 141.

giuristi persino troppo poco. Lo notò immediatamente Lavagna, riflettendo — al pari di quanto aveva fatto Ranelletti — sul progetto elaborato dalla Commissione dei 75 e sul ruolo dei partiti nel meccanismo della forma di governo, ma concludendo in senso diametralmente opposto: « disciplinare minutamente questo ingranaggio e trascurare i partiti è un po' come costruire un motore elettrico dimenticando l'attacco alla corrente »⁽⁶²⁾. Mentre anche M.S. Giannini, ancor prima che l'Assemblea costituente fosse eletta, aveva immaginato per le forze politiche italiane una disciplina costituzionale assai più articolata, sul modello di quella adottata in Cecoslovacchia o in alcuni Stati americani⁽⁶³⁾.

Non sembra utile dilungarsi in altri esempi, per provare l'esistenza di un fronte dottrinale che, al contrario di quello descritto precedentemente, affrontò con entusiasmo la sfida incarnata dalla Costituzione del 1948. Sembra invece importante chiedersi se dietro queste posizioni esistesse una complessiva ed omogenea cultura giuridica, da dove questa provenisse e quale forza attrattiva avesse per contrastare le collaudate e robuste categorie della dogmatica liberale.

3.2. *Le premesse negli anni Trenta.*

Esisteva dunque una precisa cultura giuridica che si esprimeva attraverso le pagine e i pensieri dei vari Mortati, Crisafulli, Esposito, Lavagna? Indubbiamente essi condividevano una eredità culturale che affondava le radici negli anni Trenta, tanto da essere spesso indicati attraverso questo riferimento generazionale⁽⁶⁴⁾, pro-

⁽⁶²⁾ C. LAVAGNA, *Alcune impressioni e proposte sulla "forma di governo"*, in « Anuario di diritto comparato e di Studi legislativi », 1947, ora in Id., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 110.

⁽⁶³⁾ Cfr. M.S. GIANNINI, *Lo Stato democratico repubblicano*, in « Bollettino dell'Istituto di studi socialisti », 11 aprile 1946, anno II n.7, ora in Id., *Scritti*, Milano, Giuffrè, 2002, vol. II, pp. 727 e ss.

⁽⁶⁴⁾ Così F. LANCHESTER, *La dottrina costituzionalistica italiana tra il 1948 e il 1954*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », Tomo Secondo, Milano, Giuffrè, 1999 nonché dello stesso autore *I giuspubblicisti tra storia e*

prio perché in quel periodo si erano formati e avevano cominciato a scrivere. Era un'eredità pesante da portare agli occhi dei contemporanei, quella di aver lavorato all'interno del sistema costituzionale fascista (65). Ma la produzione dottrinale di quegli anni, lungi dal poter essere liquidata in termini troppo semplicistici, fu invece assai vivace e feconda e gettò i semi per il superamento della dottrina dello Stato e per la fondazione di quella della costituzione (66). Vale la pena approfondire un po' alcuni fondamentali passaggi di quell'epocale mutamento, soprattutto per mettere a fuoco le profonde differenze che esso introdusse rispetto alla dottrina di tradizione liberale.

Per comprendere le potenzialità e la ricchezza dell'elaborazione costituzionale di quel periodo, innanzi tutto, occorre inserirla nel quadro del *Methodenstreit* tutto italiano che, nel corso del ventennio vide la scuola giuridica nazionale confrontarsi aspramente con i nuovi giuristi di regime (Costamagna, Chimienti, Panunzio, Volpicelli). Dal tronco di questa contrapposizione, emersero come una sorta di terza via proprio le posizioni di quei giuristi che, pur lavorando sui temi cari alla giuspubblicistica fascista, riuscirono a garantire al proprio pensiero e allo sviluppo delle proprie intuizioni un respiro più ampio, destinato ad andare ben oltre i confini del diritto pubblico del regime. Si trattava di un tentativo di espandere l'area del giuridicamente rilevante per permettere così alla scienza giuridica di recuperare « capacità di comprensione [...] e quindi si-

politica, Torino, Giappichelli, 1998 e il più recente *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nello Stato unitario*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

(65) Su tutti, vale la pena citare il noto *j'accuse* di Togliatti alla Costituente in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Roma, Camera dei Deputati — Segretariato generale, vol.I, pp. 328-329: « [...] quando abbiamo dovuto scrivere una Costituzione democratica e abbiamo chiesto l'ausilio dei giuristi, essi non sono stati in grado di darci un aiuto efficace. Per darcelo, occorreva che essi cancellassero qualcosa; bisognava che ritornassero a qualche cosa che avevano dimenticato [...] ».

(66) Cfr., in particolare, M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato — persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale al regime fascista e oltre)*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1990.

gnificatività»⁽⁶⁷⁾. Riconoscere la politicità dello Stato, ad esempio, aveva un senso diverso e più profondo di quello attribuitogli dalle fanfare della retorica fascista. Non si trattava certo di celebrare i fasti della rivoluzione del 1922, ma al contrario di ripensare e superare la consolidata tradizione dottrinale del Stato di diritto. Fu un percorso speculativo assai denso, svolto per tappe successive, che prese le mosse dalla riflessione amministrativistica sul concetto di atto politico⁽⁶⁸⁾, poi si sviluppò attraverso l'individuazione e l'elaborazione dogmatica del concetto di potere politico⁽⁶⁹⁾, per culminare infine — a cavallo tra gli anni Trenta e i Quaranta — con le teorie sull'indirizzo politico⁽⁷⁰⁾. La dottrina dello Stato di diritto riceveva così una prima potente critica, che ne scuoteva le radici, poiché ne metteva in discussione il presupposto basilare e cioè la possibilità di fondare lo Stato attraverso la rassicurante neutralità delle proprie categorie. Questo comportava la necessità di un duplice radicale mutamento: sia nell'oggetto dell'analisi, sia nei soggetti che tale analisi erano chiamati a svolgere. Sotto il primo profilo, quello oggettivo, occorre infatti prendere atto che lo Stato non poteva più essere compreso e descritto prescindendo dalla sua necessaria dimensione politica. Quest'ultima, cioè, non poteva più essere considerata come un mero accessorio del primo, come un elemento apprezzabile solo a posteriori rispetto all'immanente edificio statale. Occorreva invece riconoscere che esisteva una com-

⁽⁶⁷⁾ M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1985, p. 32.

⁽⁶⁸⁾ Cfr., tra gli altri, la garbata polemica tra N. COCO (*L'atto di potere politico negli odierni atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza*) e A.C. JEMOLO (*La Cassazione e l'atto amministrativo emesso dal Governo nell'esercizio del potere politico*), sulle colonne della « Rivista di diritto pubblico » nel 1927.

⁽⁶⁹⁾ Al proposito il contributo sicuramente più notevole è rappresentato dal primo importante lavoro di C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, ARE, 1931, ora ristampato con Prefazione di E. Cheli, Milano, Giuffrè, 2000.

⁽⁷⁰⁾ I riferimenti più significativi sembrano, in ordine cronologico: V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in « Studi Urbinati », 1939; C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, 1940 ora ristampato con Premessa di G. Zagrebelsky, Milano, Giuffrè, 1998; C. LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del governo e ministri*, Roma, Edizioni universitarie, 1942.

ponente di politicità intrinseca e soprattutto necessaria al momento di fondazione dello Stato. Questo, naturalmente, comportava anche il necessario ripensamento dell'elemento soggettivo, cioè della stessa scienza giuridica e del suo patrimonio dogmatico. A ben vedere, è proprio su questo punto che la generazione di giovani giurispubblicisti cresciuti negli anni Trenta fornisce il suo contributo più importante. Alla luce del mutato oggetto dell'analisi, essi compresero infatti due questioni fondamentali: *a*) che di questo nuovo Stato occorreva comunque dare una rappresentazione giuridica e che pertanto la necessità di poter contare su un efficiente strumento dogmatico era più viva che mai; *b*) che le categorie tradizionali, tuttavia, non erano più sufficienti a svolgere questo compito ed occorreva quindi procedere ad una loro revisione o, forse più esattamente, ad un loro ampliamento.

È proprio alla luce di queste considerazioni che occorre interpretare un'altra importantissima riflessione propria degli anni Trenta, quella svolta intorno al partito politico. Le ragioni che spinsero la giurispubblicistica ad affannarsi in una complicata analisi sulla natura e sul ruolo del partito erano infatti di due tipi. In primo luogo, vi era una necessità contingente, originata dalla spregiudicata operazione di Mussolini, che aveva proceduto ad una decisa trasformazione in senso pubblicistico del PNF. Operazione portata avanti prima attraverso una progressiva sovrapposizione tra l'ordinamento interno del partito e quello dello Stato ⁽⁷¹⁾, per poi rompere gli indugi e procedere direttamente alla costituzionalizzazione del PNF ⁽⁷²⁾. Si trattava a prima vista di una novità radicale e dirom-

(71) Con il R.D. 14 gennaio 1923, Mussolini costituì la MVSN come forza armata dello Stato, provvedendo così ad istituzionalizzare (e in parte anche a neutralizzare) lo squadristo fascista, diretta espressione del partito. Ma si può citare anche il R.D. 12 dicembre 1926 con il quale si trasformò l'emblema del PNF, il fascio littorio, in emblema dello Stato a tutti gli effetti, il cui uso, con il R.D. 27 marzo 1927, divenne poi obbligatorio per la pubblica amministrazione.

(72) Il momento cruciale, sotto questo profilo, coincise con l'attribuzione (L. 9 dicembre 1928 n. 2693 e L. 9 dicembre 1929, n. 2099) di importantissime funzioni costituzionali al Gran Consiglio del Fascismo, già organo supremo del partito, che da quel momento in poi divenne una sorta di garante dell'ortodossia costituzionale del nuovo Stato fascista. Questo comportò naturalmente il diretto inserimento del PNF all'interno

pena (che i giuristi naturalmente non poterono ignorare), ma in realtà si rivelò tale più nella forma che nella sostanza ⁽⁷³⁾. Per questo, il grande interesse manifestato dai giuristi degli anni Trenta nei confronti del partito politico, va spiegato alla luce di una seconda e probabilmente più importante considerazione. E cioè in virtù del fatto che esso rappresentava una promettente categoria da esplorare per meglio comprendere la nuova dimensione politica dello Stato. Ancora più esattamente, il partito politico dovette apparire ai nostri giuristi come la porta privilegiata di ingresso della politica nell'edificio statale e quindi lo strumento più interessante da indagare per allargare la capacità di comprensione della scienza giuridica. L'interesse per questo nuovo soggetto, catapultato al centro dell'architettura costituzionale del regime, non era infatti fine a sé stessa. Al contrario, era il frutto di un complessivo ripensamento dell'orizzonte ultimo della scienza giuridica, rappresentato dai confini — diventati evidentemente ormai troppo angusti — dello Stato di diritto. Lo dimostra la stessa evoluzione della riflessione sul partito, snodatasi tra gli anni Venti e Trenta. Il primo e per così dire più scolastico approccio, incarnato dal problema della personalità giuridica del PNF, fu arricchito ben presto dalla riflessione sulla natura privatistica o pubblicistica di tale personalità ⁽⁷⁴⁾, per sfociare infine nell'ampia e assai più pregnante questione del tipo di relazione esistente tra il partito e lo Stato ⁽⁷⁵⁾, giocata prevalentemente sulla dialettica tra ente autarchico e organo statale.

dei gangli istituzionali: basti pensare che, conseguentemente a questa nuova disciplina, il Segretario del PNF acquisì il diritto a divenire membro del Consiglio dei Ministri.

⁽⁷³⁾ Il PNF infatti non assunse mai una posizione davvero centrale nello Stato fascista: lungi dal divenire un centro propulsivo di elaborazione politica, venne invece trasformato sempre di più in un apparato passivo di propaganda e di controllo sociale. Si veda, in tale senso, P. POMBENI, *Demagogia e Tirannide*, Bologna, Il Mulino, 1984.

⁽⁷⁴⁾ Tra i contributi più centrati su questo tema, vale la pena ricordare A.C. JEMOLO, *La natura giuridica del PNF*, in « Rivista di diritto pubblico », 1929; G. SALEMI, *Il PNF e il suo diritto*, in « Il diritto del lavoro », IV, 1930; B. LIUZZI, *Il Partito Nazionale Fascista nel diritto pubblico italiano*, Roma, Casa Editrice del Foro Italo, 1930; A. LESSONA, *Partito e Stato in regime fascista*, in « Gerarchia », 1930.

⁽⁷⁵⁾ Una interessante panoramica generale dell'intera riflessione sul PNF è offerta dalla preziosa raccolta di scritti curata da O. FANTINI, *Il partito fascista nella dottrina e nella realtà politica*, Roma, EIA, 1931 mentre, per quanto riguarda la generazione dei giovani giuspubblicisti degli anni Trenta si vedano: V. CRISAFULLI, *Il Partito*

Il percorso concettuale della giuspubblicistica degli anni Trenta sembra pertanto seguire un filo logico che, partendo dal riconoscimento della politicità dello Stato condusse poi alla riflessione sul partito, ma non si fermò qui. Fu altrettanto naturale infatti concludere il percorso spostando l'attenzione sul collegamento, che proprio il partito sembrava assicurare, tra società e istituzioni, tra popolo e Stato. Si spiega così il fiorire di ricerche sul tema della rappresentanza, tra la fine degli anni Trenta e l'inizio dei Quaranta⁽⁷⁶⁾; ricerche che diedero vita ad un dibattito vivace, dal quale emerge con chiarezza uno dei risultati più significativi cui giunse la giuspubblicistica di questo periodo. Si fa riferimento alla rottura del paradigma statualista, alla possibilità cioè di pensare « l'asse semico Stato-società »⁽⁷⁷⁾ percorribile non più unicamente dall'alto verso il basso, ma al contrario dal basso verso l'alto. Percorso che trovava per l'appunto il proprio veicolo privilegiato nell'azione del partito, considerato ormai « un portato non solo utile ma necessario della partecipazione dei ceti popolari alla vita dello Stato, in quanto mezzo di esplicazione del compito ad essi attribuito di imprimere alla azione di questo un determinato contenuto politico »⁽⁷⁸⁾.

Queste parole di Mortati sembrano veramente le più adatte a concludere la sommaria ricognizione appena fatta, perché fissano con grande efficacia la cifra della riflessione giuspubblicistica degli anni Trenta, che questi giuristi portarono con sé, come un prezioso ed utilissimo patrimonio culturale, nella nuova stagione repubblicana.

Nazionale Fascista nella vita dello Stato, in « Rivista di diritto pubblico », 1937; C. ESPOSITO, *Lo Stato fascista*, in « Jus », 1940; C. MORTATI, *Sulla posizione del partito nello Stato*, in « Stato e diritto », 1941.

⁽⁷⁶⁾ Pur nella diversità delle impostazioni di fondo, sulle quali non è ovviamente possibile soffermarsi, i contributi più interessanti sembrano: C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit.; C. ESPOSITO, *La rappresentanza istituzionale*, Tolentino, Filelfo, 1938; V. ZANGARA, *La rappresentanza istituzionale*, Bologna, Zanichelli, 1938; V. CRISAFULLI, *Regime di massa e diritto pubblico nel nostro tempo*, in « Stato e diritto », 1940; C. LAVAGNA, *Per un'impostazione dommatica del problema della rappresentanza politica*, in « Stato e diritto », 1942; S. FODERARO, *La rappresentanza politica nella fase odierna del diritto costituzionale*, Roma, Rodrigo, 1941.

⁽⁷⁷⁾ COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit.

⁽⁷⁸⁾ MORTATI, *Sulla posizione*, cit. ora anche in ID., *Raccolta*, cit. vol. IV, p. 507. Da qui è tratta la citazione nel testo.

3.3. *Una pluralità di voci di fronte alla sfida del pluralismo.*

Si tratta di un patrimonio sedimentatosi durante il ventennio ma che, ciò nonostante, aveva saputo affrancarsi dallo statualismo, paradigma all'interno del quale si muovevano saldamente sia la dottrina di tradizione liberale, sia quella fascista. Questi giuristi ebbero infatti il merito di abbracciare uno spazio più ampio di quello rappresentato dallo Stato, lo spazio della costituzione. Uno spazio comprensibile e descrivibile in termini giuridici, ma che era profondamente permeato, perché fondato alla radice, da una vitale e originaria volontà politica. Non si trattava di abbandonare la categoria dello Stato, ma al contrario di ampliarla, di arricchirla, inserendola in un contesto più comprensivo, di leggerla alla luce di quella « condizione generale dell'unità e dell'ordinamento politico »⁽⁷⁹⁾ che rappresentava « la sua anima, la sua vita concreta e la sua esistenza individuale »⁽⁸⁰⁾. Non è ovviamente un caso che ad introdurre in Italia questa nuova accezione del termine costituzione sia stato, nel 1940, Mortati, che ben conosceva Schmitt e la cultura weimariana. Ma non deve trarre in inganno il fatto che il solo Mortati si esprimesse in termini di costituzione, mentre i vari Crisafulli, Lavagna, Esposito — che alla fonte tedesca avevano attinto probabilmente meno — si esprimevano ancora in termini di Stato. La pulsione che essi condividevano era infatti la medesima. Del resto, la stessa lezione schmittiana insegnava che non è possibile parlare di costituzione senza riferirla ad uno Stato. La *Verfassung* è infatti sempre *Staatsverfassung* e, dal momento che essa rappresenta la stessa condizione di esistenza del polo statale, si può anche affermare che « lo Stato è la costituzione (*der Staat ist Verfassung*) »⁽⁸¹⁾.

I nostri giuristi, in definitiva, una volta usciti dai confini dello statualismo liberale, avevano potuto abbattere quella barriera invalicabile che la dottrina tradizionale aveva eretto tra diritto e politica e avevano quindi sposato l'idea di un ordinamento costituzionale

(79) C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, qui nella trad. it. a cura di A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 15.

(80) *Ivi*, p. 16.

(81) *Ibidem*.

che trova nella dimensione politica il soffio vitale che lo rende attuale e concreto. Non si trattava però, si badi bene, di capovolgere il paradigma liberale e di teorizzare pertanto il primato della dimensione politica su quella giuridica. Questo avrebbe comportato un giudizio valutativo. Come affermava Strauss, invece, occorre semplicemente riconoscere il politico, anzi prendere atto della necessità di farlo, per giungere pertanto ad una « descrizione *non polemica* del politico »⁽⁸²⁾. Ma cosa significava esattamente questo, nella nuova stagione repubblicana? Significava prendere contatto con una dimensione del tutto nuova, almeno per giuspubblicistica italiana: il pluralismo sociale e politico. Un fattore dal quale la dottrina liberale aveva ritenuto di poter prescindere e che il regime fascista aveva invece ritenuto di poter imbrigliare nell'illusorio tentativo di *reductio ad unum* realizzato, sotto il profilo economico e sociale, attraverso il sistema corporativo e, sotto il profilo politico, attraverso il partito unico. Si trattava evidentemente di due soluzioni negazioniste. Dopo il 1948, negare il pluralismo sociale e soprattutto politico non è più possibile; l'unica strada percorribile è invece quella che da esso prende le mosse. Per buona parte dei giuristi che dimostrarono una significativa apertura nei confronti della carta costituzionale, questo significò spendersi direttamente e in prima persona. Non è per caso, infatti, che durante la fase costituente, troviamo Mortati, Crisafulli, M.S. Giannini, Calamandrei tutti impegnati nella fila di un partito politico⁽⁸³⁾. Non fu un opportunistico tentativo di salire sul carro dei vincitori o di rendersi maggiormente presentabili nel nuovo clima, né un'abdicazione del proprio ruolo di giuristi. Anzi, fu probabilmente la sensazione di poter giocare il proprio ruolo di giuristi in maniera più piena a spingerli. Essi tentarono cioè di coniugare, anche attraverso la propria personale esperienza, politica e diritto, allo scopo di ricercare nuove forme di collegamento tra queste due dimensioni che per-

⁽⁸²⁾ L. STRAUSS, *Note su il concetto di Politico in Carl Schmitt* (tit. orig. *Anmerkungen zu Carl Schmitts Begriffs des Politischen*, pubblicato in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, tomo 67, n. 6, 1932, pp. 732-749), ora in C. SCHMITT, *Parlamentarismo e Democrazia*, Cosenza, Marco Editore, 1998, p. 190. In corsivo nel testo.

⁽⁸³⁾ Rispettivamente: DC, PCI, PSI e Pd'A. Mortati e Calamandrei vennero anche eletti, nelle fila dei propri partiti politici, alla Assemblea Costituente.

mettesse loro di coesistere senza negarsi a vicenda cittadinanza all'interno del nuovo territorio costituzionale. Essi riponevano una profonda fiducia nei partiti politici, i nuovi e indiscussi protagonisti di quella straordinaria stagione che si erano accollati il compito gravoso di traghettare il paese dalla guerra civile, seguita al crollo del regime, fino alla Repubblica.

Come vedremo meglio nei capitoli seguenti, si trattava di una fiducia che riverberava conseguenze significative anche sul modo con il quale questi giuristi ricostruirono poi le dinamiche interne alla carta costituzionale. Prima di questo, tuttavia, occorre sottolineare come il confronto con questa nuova dimensione del pluralismo politico comportasse anche un ripensamento dello stesso ruolo della dottrina, che non poteva più immaginare sé stessa come l'unica depositaria di una scienza autosufficiente, che si teneva stretto il prezioso monopolio dei ragionamenti intorno allo Stato. Naturalmente questo non significava che la giuspubblicistica dovesse abdicare al proprio ruolo, né che dovesse trasformarsi in una scienza tecnica al servizio del potere. Non si trattava, in altre parole, di mettere in dubbio l'autonomia disciplinare della scienza di diritto pubblico. Si trattava, al contrario, di riconoscerle un compito delicatissimo: quello cioè di coniugare il pluralismo politico e sociale con quello che costituisce il valore intrinseco e più caratteristico dell'ordinamento giuridico, vale a dire la sua coerente unità. Si trattava di una composizione da svolgere a più livelli, ed è per questo che i giuristi cresciuti negli anni Trenta cessano di pensare a sé in termini autoreferenziali. Essi sapevano che era necessario comporre politicamente gli interessi e le volontà (e questo era il campo d'azione dei partiti) e che questa composizione andava poi trasformata in ordinamento (e questo era il terreno sul quale agisce la dottrina). Ma soprattutto sapevano che questi due livelli si appoggiavano l'uno sull'altro: il primo senza il secondo avrebbe infatti condotto al caos, mentre il secondo senza il primo avrebbe riprodotto un ordine fittizio, lontano dalla realtà storica.

Volendo quindi riassumere quanto appena sostenuto, si può concludere che l'atteggiamento di apertura nei confronti della carta costituzionale dimostrato da una parte della dottrina derivava dalla intima consapevolezza della necessità di instaurare un dialogo fruttuoso con la dimensione politica. Dimensione che, nel secondo do-

poguerra, aveva assunto la forma di un accentuato pluralismo, fatto di identità differenti e assai radicate, incarnate dai diversi partiti politici. Sul modo con il quale questi giuristi sistematizzarono questa presenza, sul ruolo che le riconobbero all'interno delle proprie interpretazioni della Costituzione, ci soffermeremo più avanti, poiché costituirà il punto di arrivo della presente riflessione. Adesso, interessa di più continuare ad approfondire l'identità culturale di questi giuristi. Se il cardine della loro riflessione metteva in discussione molte delle acquisizioni teoriche maturate dalla dottrina tradizionale, occorre capire infatti quale solidità avessero queste loro posizioni, perché questo ci aiuta a comprendere quale capacità di persuasione o di penetrazione culturale fossero in grado di mettere in campo. Occorre chiedersi, insomma, se essi potessero opporre alla scuola giuridica nazionale un fronte dottrinale altrettanto robusto.

I punti di forza del pensiero giuridico di tradizione liberale erano molteplici, ma da un punto di vista strettamente dottrinale, due sembrano gli elementi più significativi: il primo è rappresentato dalla solidità concettuale delle categorie e delle elaborazioni teoriche, il *Rechtsstaat* su tutte; il secondo elemento va invece rinvenuto nella grande omogeneità di fondo che caratterizzava sostanzialmente tutta la produzione della scuola giuridica nazionale e che permetteva di riferirsi ad essa, appunto, in termini di scuola. Si poteva dire lo stesso a proposito di quei giuristi che, come si è detto nel paragrafo precedente, aprirono alla Costituzione? Certamente, essi condividevano quell'esigenza che, per usare le parole di Rudolf Smend potremmo definire di « penetrazione della realtà »⁽⁸⁴⁾ (*Durchstoßen zur Wirklichkeit*). A questa realtà essi restituirono indubbiamente una centralità che la dottrina precedente le aveva negato, permettendole di incidere sull'assetto dell'ordinamento giuridico e non cercando, invece, di piegarla alle primarie esigenze dello stesso. Tuttavia, risulta piuttosto evidente che a questo punto di convergenza, essi fossero arrivati per strade molto diverse. Calamandrei ad esempio — così come molti altri importanti esponenti

⁽⁸⁴⁾ Cfr. l'introduzione di G. ZAGREBELSKY a R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), trad. it., Milano, Giuffrè, 1988.

dell'ambiente accademico fiorentino quali La Pira, Miele, Calasso — aveva sviluppato il distacco dal positivismo giuridico attraverso un percorso di maturazione della propria coscienza politica. Un percorso sviluppatosi negli ultimi anni del regime e alimentato, più dall'esperienza di opposizione al fascismo che da una rielaborazione delle categorie dell'interpretazione giuridica. Calamandrei aveva insomma preso coscienza del fatto che « nello stampo della legalità si può colare oro o piombo »⁽⁸⁵⁾ e tanto era bastato per allontanarlo dall'idea di poter considerare il contenitore un valore di per sé, a prescindere dal suo contenuto.

Era una strada assai diversa da quella esplorata dai giovani giurispubblicisti degli anni Trenta che, al contrario, durante il ventennio si erano formati e avevano soprattutto imparato a familiarizzare con la dimensione politica. Tuttavia, e la considerazione è quanto mai importante, neppure questa schiera di giuristi, accomunata da un significativo dato generazionale, poteva essere considerata una scuola. Avevano prodotto, con i loro contributi, un rinnovamento dottrinale e dogmatico, ma — anche in questo caso — si trattò di una convergenza di percorsi comunque differenti. La stessa esigenza di svecchiamento delle categorie giuridiche, che caratterizzò buona parte di quella generazione, non venne vissuta in maniera omogenea e, pertanto, ogni autore elaborò in modo autonomo il proprio rapporto con la dottrina tradizionale. I giuristi cresciuti negli anni Trenta, insomma, non si concepivano affatto come una *Kampfgemeinschaft*⁽⁸⁶⁾, come una comunità di combattenti uniti nella battaglia contro il formalismo. Nel complesso, affrontarono il dialogo con la tradizione liberale in ordine sparso, qualcuno allontanandosene più di altri. Vi fu, ad esempio, chi restò comunque molto legato alla dottrina tradizionale, alla sua cultura, e soprattutto, al metodo giuridico, il vero e fondamentale lascito ereditato dalla scuola nazionale orlandiana. Metodo che, durante il ventennio, si rivelò spesso un prezioso criterio distintivo, utile per smar-

⁽⁸⁵⁾ P. CALAMANDREI, *Prefazione* a C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* a cura dello stesso Calamandrei, Firenze, Le Monnier, 1945, p. 92.

⁽⁸⁶⁾ Così Smend definisce il fronte dottrinale che accomunava lui stesso, Triepel, Leibholz, Schmitt, Heller e Kaufmann. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Introduzione* a R. Smend, *Verfassung*, cit., p. 5.

carsi dai giuristi più compromessi con il regime, come avvenne probabilmente per Chiarelli, il quale, sentendo la necessità di rimarcare le distanze dal politicizzato ambiente della scuola perugina, dedicò significativamente una delle sue opere più importanti (*Lo Stato corporativo*, 1936) a Donato Donati. Per altri invece, il metodo giuridico fu una componente fondamentale della propria formazione culturale, come nel caso di Tosato, cresciuto alla scuola patavina dello stesso Donati, oppure di Amorth, che ebbe tra i suoi maestri Oreste Ranalletti. Non sorprenderà, pertanto, scoprire nelle pagine seguenti che questi autori, su un tema così delicato come quello delle cosiddette norme programmatiche, tennero posizioni assai vicine a quelle, di stampo positivista, dei loro maestri.

Più originale, e quindi più difficilmente inquadrabile, era invece la posizione di Esposito, per comprendere la quale occorre tenere presente che egli approdò al diritto costituzionale provenendo da una formazione di filosofo del diritto. La sua profonda attenzione per il dato positivo, infatti, non solo non sfociò mai in un formalismo fine a sé stesso, ma assunse caratteristiche proprie che lo differenziarono profondamente dalla stessa tradizione positivista liberale. In particolare, se da un lato il ragionamento di Esposito si sviluppava in spazi ben più ampi di quelli definiti dal paradigma statualista, dall'altro occorre sottolineare che l'ossequio verso il dato positivo era, nell'ottica del giurista napoletano, mitigato da quell'aspetto che può essere considerato a ragione la vera e propria cifra fondamentale del suo pensiero, vale a dire il realismo⁽⁸⁷⁾. Un'ottica, quest'ultima, che lo divideva profondamente da altri autori come Crisafulli, che ricostruiva invece in termini opposti il rapporto tra normatività ed effettività⁽⁸⁸⁾. Se poi vogliamo ampliare la visuale, fino a coinvolgere altri aspetti del pensiero di questi autori, possiamo anche notare come lo stesso Crisafulli condividesse tutta-

(87) Nello stesso senso anche D. NOCILLA, *Presentazione*, in *Carlo Esposito. Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato e altri saggi*, a cura dello stesso Nocilla, Milano, Giuffrè, 1992, pp. VII e ss.

(88) Cfr. L. CARLASSARE, *L'impegno per l'attuazione della Costituzione: dalle norme programmatiche alla sovranità popolare*, in *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale. Atti delle giornate di studio di Trieste 1-2 ottobre 1993*, Padova, Cedam, 1994.

via con Esposito (ma non solo con lui visto che anche Lavagna si attestava su posizioni analoghe) un'altra fondamentale opzione di principio: la visione cioè assolutamente dualistica del rapporto Stato — società, centrata sul ruolo fondamentale dell'individuo. E possiamo anche notare come questo li distinguesse profondamente dalla ricostruzione rigidamente organicistica di Mortati che, muovendo dalle medesime premesse del suo maestro Sergio Panunzio⁽⁸⁹⁾ e dalle sue letture tedesche, immaginava la relazione tra società e Stato come un percorso di specificazioni successive, privo di soluzioni di continuità.

Queste considerazioni ci sono utili perché consentono di evidenziare come la generazione di giuristi cresciuti negli anni Trenta, nonostante la condivisione di alcune basilari esigenze di fondo, non potesse certamente vantare né coesione metodologica, né omogeneità di presupposti teorici. Con la conseguenza che, nel secondo dopoguerra, questi giuristi non furono in grado di opporre al formidabile apparato dogmatico eretto dalla scuola giuridica nazionale, una comune e condivisa elaborazione teorica. Non furono in grado cioè di costruire una dottrina che, per forza concettuale e per condivisione, si potesse presentare come alternativa a quella tradizionale. Le conseguenze che tutto questo riverberò sul piano dell'interpretazione costituzionale, come vedremo tra poco, furono particolarmente importanti e gravide di effetti anche per il futuro.

4. *Le cosiddette norme programmatiche.*

4.1. *Negarne la giuridicità: una opzione radicale ma precisa.*

Si tratta, a questo punto, di verificare come le differenti tradizioni culturali che animavano la giuspubblicistica italiana e che si è

⁽⁸⁹⁾ Per quanto riguarda le ascendenze di Panunzio sul pensiero di Mortati, del primo si possono citare: S. PANUNZIO, *Lo Stato-partito* 1933, ora in ID., *Il fondamento giuridico del fascismo*, Roma, Bonacci Editore, 1987 nonché ID., *L'ente politico*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, Vita e Pensiero, 1938; per poi confrontarli con MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit. nonché ID., *Sulla posizione del partito nello Stato*, cit.

tentato di descrivere nelle pagine precedenti, abbiano influito sulla complessive interpretazioni della carta costituzionale che la dottrina adottò. Per entrare nel merito di questo tema, il punto di partenza sembra obbligato: occorre prendere le mosse dalla questione, tanto dibattuta negli anni Cinquanta, delle cosiddette norme programmatiche, di quelle norme della carta cioè che tutelavano diritti sociali o che disponevano principi di carattere generale. Questo dibattito, la cui importanza è confermata dalla straordinaria partecipazione ad esso di tutti i più importanti autori dell'epoca, assume, ai fini del presente contributo, un'importanza del tutto particolare. Le norme programmatiche della carta, infatti, andavano ad inserirsi in uno spazio assai peculiare, quello posto tra politica e diritto. Si presentavano cioè come norme giuridiche, ma l'indeterminatezza del loro contenuto le avvicinava più a generiche enunciazioni di principio, quando non addirittura a dei veri e propri programmi politici. Esse andavano quindi ad occupare uno spazio critico; quello spazio che le due eredità culturali descritte in precedenza ricostruivano in maniera così diversa e che, pertanto, rappresentava — rispetto ad esse — un vero e proprio punto di frattura.

Abbiamo in parte già accennato a quella che fu la posizione dominante tra i giuristi di cultura liberale nei confronti delle molte norme che componevano la prima parte della Costituzione e che affermavano diritti sociali o esprimevano enunciazioni di principio. Questa parte di dottrina avvertiva tali disposizioni come un qualcosa di estremamente lontano da sé, qualcosa che si faceva addirittura fatica a comprendere. Erano disposizioni che contenevano « ideologie politiche e sociali » o addirittura « programmi politici »⁽⁹⁰⁾, quindi non avevano niente a che vedere con il diritto, o almeno con il loro modo di intenderlo e di definirlo. Si trattava insomma di entità ambigue che certamente esulavano dal loro ambito disciplinare. E per questo, non poterono fare a meno di sottolineare quanto strana fosse la presenza di esse nella carta, giacché una semplice considerazione di buon senso era sufficiente a riconoscerle come evidentemente « estranee ad una costituzione »⁽⁹¹⁾. Era la

⁽⁹⁰⁾ RANELLETTI, *Note sul progetto di Costituzione*, cit., p. 35.

⁽⁹¹⁾ *Ibidem*.

stessa locuzione *norme programmatiche*, con quell'aggettivo che — come ebbe a scrivere Chiarelli ⁽⁹²⁾ — curiosamente sembrava negare il sostantivo, a sancirne peraltro una evidente quanto imbarazzante diversità. Quale capacità normativa, quale efficacia giuridica poteva avere infatti una disposizione che si risolveva null'altro che in un proposito, in un programma? Evidentemente nessuna. Al più, potevano esprimere un'indicazione di ordine etico o morale. E, anche da questo punto di vista, si sentì il bisogno di segnalare l'impossibilità di comprendere « per quale ragione il costituente, in base ad una sua propria concezione politica e con riguardo a peculiari situazioni di fatto, debba impegnare, sia pure solo moralmente, l'opera di futuri governi e dei futuri parlamentari » ⁽⁹³⁾. Le norme programmatiche, pertanto, agli occhi della dottrina più legata alla tradizione liberale dello Stato di diritto non erano soltanto ridondanti, inopportune e persino fuorvianti. Esse avevano soprattutto l'imperdonabile tara di risultare *improduttive di effetti giuridici*. In altre parole, non erano norme giuridiche. Potevano essere considerate alla stregua di precetti morali, di auspici ideologici; ma non erano norme giuridiche. Ad escludere completamente tale eventualità intervenne anche Chiarelli, uno dei protagonisti della stagione dottrinale degli anni Trenta. Il suo ragionamento risulta più sfaccettato, e si focalizza sull'aspetto — sul quale torneremo più esaurientemente nel capitolo seguente — della necessità di integrare le cosiddette norme programmatiche. Ma la conclusione restava la medesima. Egli rifiutava infatti la distinzione tra norme precettive e no, preferendo invece discernere le norme complete da quelle bisognose di integrazione. Le disposizioni costituzionali che contengono principi generali, affermava, appartengono tuttavia ad una specie ancora diversa, perché le norme ad integrazione successiva, una volta completate, divengono un tutt'uno con la successiva deliberazione integrativa. Invece, le norme che sanciscono principi generali vivono di vita propria rispetto alle disposizioni chiamate ad attuarle ed esistono a prescindere da esse. Tuttavia, egli non poteva

⁽⁹²⁾ Cf. G. CHIARELLI, *Elasticità della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, cit., pp. 45-57.

⁽⁹³⁾ VIRGA, *Origine contenuto e valore*, cit. p. 74.

fare a meno di notare che « la norma costituzionale [che dispone principi, s'intende] non può spiegare questa efficacia integratrice dell'ordinamento, finché non è stata tradotta in un corpo di norme particolari »⁽⁹⁴⁾. In sostanza, le disposizioni costituzionali che prevedevano principi generali non avevano alcuna possibilità di produrre effetti giuridici. Lo dimostrava il fatto che esse erano anche impossibilitate ad abrogare norme precedenti (visto che « la norma che prevede una legge futura per ciò stesso prevede un'abrogazione futura »)⁽⁹⁵⁾ e che, soprattutto, nessun tipo di effetto giuridico sembrava possibile ipotizzare neppure a proposito del vincolo che esse rappresentavano per il legislatore. Se quest'ultimo infatti le avesse disattese, l'unica conseguenza immaginabile sarebbe stata una sanzione politica, poiché non si poteva certo imbrigliare il potere discrezionale del Parlamento, che doveva rimanere libero di stabilire le modalità attuative di tali principi.

Tirando le fila, appare chiaro quale fosse il risultato, sotto il profilo della interpretazione della Costituzione, di questo tipo di approccio. La proposta teorica di filtrarne il contenuto negando giuridicità (e quindi normatività) a tutte quelle disposizioni che possedevano un elevato contenuto politico, sociale o ideologico (cioè quelle norme destinate a delineare l'indirizzo politico costituzionale), conduceva esattamente ad un tipo di carta fondamentale ritagliata sul modello delle costituzioni liberali. Ad una carta cioè che, volendo esprimersi ancora una volta attraverso le categorie non certo neutrali di Schmitt, risultava *spoliticizzata* e *neutralizzata*. Da una scrematura quale quella prospettata dalla dottrina più legata alla tradizione liberale, infatti, cosa si sarebbe salvato? Evidentemente sarebbero risultate norme giuridiche vere e proprie soltanto quelle disposizioni che delineavano l'assetto istituzionale repubblicano, che disciplinavano poteri e competenze dei vari organi costituzionali o, al più, quelle che stabilivano diritti e garanzie e quindi limiti all'azione dello Stato. Quelle che Amorth definì in un suo scritto dal titolo assai significativo *Il contenuto giuridico della Costi-*

⁽⁹⁴⁾ CHIARELLI, *Elasticità*, cit., p. 55.

⁽⁹⁵⁾ *Ibidem*.

tuzione ⁽⁹⁶⁾, vale a dire il contenuto classico delle costituzioni del secolo XIX.

Possiamo allora liquidare queste prese di posizione come un goffo tentativo di riproporre categorie concettuali sorpassate dai tempi ed evidentemente inadeguate ad interpretare la nuova realtà repubblicana? Le categorie erano effettivamente inadeguate, ma il tentativo era tutt'altro che goffo. Se è vero che lo strumentario interpretativo riproposto risultava indubbiamente datato, ciò non significa che fosse inefficiente. Tutt'altro. Questi giuristi, infatti, ritenevano, probabilmente a ragione, di avere ancora ampi margini di azione per poter ricondurre il sistema costituzionale repubblicano, attraverso un'interpretazione sapiente, nell'alveo dello Stato di diritto che essi stessi avevano teorizzato molti anni prima. Si trattava evidentemente di una chiara operazione di politica del diritto e il problema delle cosiddette norme programmatiche ne costituiva il perno centrale. Attraverso esso, infatti, si mirava a mettere in dubbio — o quantomeno a ridimensionare — la stessa normatività della carta. Affermare che esistevano disposizioni prive di efficacia giuridica permetteva infatti di porre un paletto assai importante, un paletto che metteva la dottrina in condizione di poter sindacare liberamente il contenuto della Costituzione attraverso un'opera di interpretazione, i cui confini, peraltro, non erano affatto definiti e minacciavano di rivelarsi assai ampi. Con la conseguenza di produrre un altrettanto ampio e magari radicale ridimensionamento di quelle parti della Costituzione che, rispetto alle categorie dogmatiche tradizionali, presentavano maggiori profili di incompatibilità. Questi giuristi avevano cioè riaffermato la loro centralità di tecnici del diritto contro le ragioni di una volontà politica che, trasformata in potere costituente, pretendeva di ergersi a fondamento dell'ordinamento. Ciò non significa che essi negassero legittimità al potere costituente. Piuttosto ne contestavano l'onnipotenza, la tendenza a non riconoscere limiti e, più esattamente, l'incapacità di riconoscere il valore e le ragioni della dottrina e quindi di arrestarsi di fronte alle acquisizioni da essa maturate. Lo esprime bene Orlando che notava: « or, è il creatore del diritto che prevale sui tec-

⁽⁹⁶⁾ AMORTH, *Il contenuto giuridico*, cit.

nici e non viceversa, salvo pur sempre il limite di un'impossibilità logica verso cui, per altro, se più fine è la sensibilità del tecnico, non si può credere che non sia anche avvertita da un esperto uomo politico » (97). Che un vincolo al potere politico dovesse essere posto, fosse esso di ordine logico o di diverso genere, a questa parte di dottrina pareva un'evidenza lapalissiana. Altrimenti alle assemblee costituenti non sarebbe davvero rimasto altro da fare che « segnare, come orgoglioso limite della propria onnipotenza, quello di non poter mutare un uomo in donna » (98).

Prima di concludere sul punto, vale la pena spendere alcune parole sulla solidità teoretica della posizione volta a negare giuridicità alle norme programmatiche e, soprattutto, sulla sua capacità di incidere in quella cultura della costituzione che nell'Italia del 1948 si stava appunto formando. Cominciando da quest'ultimo aspetto, risulta piuttosto evidente che questo atteggiamento non aiutò la carta costituzionale ad affermarsi. Sostenere che essa non era sempre capace di produrre effetti giuridici, che essa non era cioè completamente normativa, significava veicolare un messaggio denso di conseguenze. Si metteva infatti in dubbio la capacità della carta di incidere effettivamente sull'ordinamento, in un momento in cui essa veniva presentata dalle forze politiche — a torto o a ragione — come il volano di quella palingenesi sociale e civile che avrebbe atteso il paese, dopo i lutti e le tragedie del ventennio fascista. Col risultato, da un lato, di contrapporre il valore della certezza dell'ordinamento giuridico alla aleatorietà che invece caratterizzava la carta. E, dall'altro, di rappresentare una eccellente sponda per tutte quelle diffidenze, ancora estremamente diffuse nel paese (99), verso quelli che erano stati i veri e propri artefici della costituzione: vale a dire i partiti politici. Si trattava di un atteggiamento indubbiamente conservativo, nel senso di poco disposto alle aperture, che prometteva di risultare gravido di conseguenze per il futuro. In virtù anche della sua grande diffusione e della sua buona solidità

(97) ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo*, cit., p. 130.

(98) Ivi, p. 117.

(99) Cfr. l'interessante panoramica di M. TRUFFELLI, *La "questione partito" dal fascismo alla Repubblica. Culture politiche della transizione*, Roma, Edizioni Studium, 2003.

concettuale. Per quanto riguarda il primo profilo, la cultura giuridica liberale era infatti ben rappresentata numericamente non soltanto in dottrina, ma anche nella pubblica amministrazione e nella giurisprudenza, come dimostra la nota sentenza della Cassazione (sent. SS. UU. penali 7 febbraio 1948) che, distinguendo tra norme direttive e norme precettive, sostanzialmente inaugurò il dibattito in esame. In secondo luogo, e cosa forse ancora più rilevante, la rigida distinzione tra disposizioni costituzionali normative e disposizioni costituzionali programmatiche conteneva una propria indubbia solidità concettuale. La netta distinzione tra ciò che era giuridico e ciò che non lo era, offriva infatti all'interprete un criterio preciso e sicuro. Il difetto principale di tale distinguo — vale a dire la scarsa elasticità che induceva a tagliare con l'accetta la carta costituzionale in due parti, una giuridica e una politica — costituiva paradossalmente anche il suo maggior pregio: rispondeva cioè al bisogno di delimitare con certezza l'oggetto dell'analisi giuridica. E il fatto che i confini sui quali essa si attestasse nel dopoguerra fossero più o meno i medesimi fissati sotto la vigenza dello Statuto albertino, poco importava. Anzi: nella difficile contingenza dei tempi, foriera di incertezze e di profonde discontinuità, la possibilità di rifarsi a criteri e categorie forgiati nel lungo periodo e radicati in una tradizione dotata di grande autorevolezza, dovette sembrare agli interpreti del nuovo ordinamento costituzionale una preziosa opportunità.

4.2. *Ammetterne la giuridicità: una posizione scomoda.*

L'opzione perentoria di coloro che concepivano le cosiddette norme programmatiche come una presenza estranea alla Costituzione, come una presenza altra rispetto all'oggetto dell'analisi giuridica, aveva certamente il vantaggio di basarsi su una grande chiarezza di presupposti. Ciò nonostante, non poteva certamente soddisfare tutta la dottrina, specialmente quella che aveva manifestato maggiore disponibilità ad interpretare la carta costituzionale anche alla luce dei presupposti politici che la animavano. La maggior parte dei giuristi, quindi, tentò di attribuire un senso alla presenza di queste norme all'interno della carta costituzionale addentrandosi

nella ricerca di una loro qualche normatività. Non si trattò però di un compito agevole e, come suggerito nel titolo, questi giuristi si trovarono in una posizione decisamente scomoda. L'ipotesi di negarne completamente la giuridicità, infatti, era magari troppo radicale ma certo non risultava meramente ideologica, poiché le obiezioni che la sostenevano non erano prive di fondamento. Quelle disposizioni costituzionali, infatti, non si prestavano ad essere agevolmente inquadrare nella classica categoria delle norme giuridiche, per più di una ragione. In primo luogo non era sempre chiaro a chi si rivolgersero. Chi erano i destinatari di quelle norme? Valevano solo per le istituzioni o avevano validità anche per tutti i cittadini? E, in questo secondo caso, quale tipo di posizione giuridica facevano nascere in capo ai destinatari? Creavano davvero dei diritti? Ammettendo che così fosse, si apriva allora l'ulteriore problema dell'azionabilità di tali diritti. Cosa sarebbe successo se un cittadino avesse ritenuto leso un proprio diritto sociale enunciato nella carta? A chi si sarebbe potuto rivolgere per vedere tutelata questa sua posizione? Come notava efficacemente Amorth, fintanto che una norma pone vincoli negativi allo Stato, « è abbastanza semplice pensare alla istituzione o alla realizzazione di garanzie per ottenere che gli organi osservino dei limiti posti alla loro azione », ma quando invece la norma impone allo Stato un *facere* « è assai difficile prospettarsi delle garanzie costituzionali per assicurare una determinata azione da parte degli organi a loro volta costituzionali »⁽¹⁰⁰⁾.

La soluzione, come si nota, era tutt'altro che agevole e la volontà di tenere un atteggiamento di apertura nei confronti della Costituzione non permetteva di per sé di giungere ad una soluzione efficace. Le considerazioni svolte da Calamandrei sul punto lo dimostrano chiaramente. Il giurista fiorentino non si era certo dimostrato timido di fronte alla carta costituzionale: aveva partecipato con grande entusiasmo alla sua preparazione e si era sempre battuto con vigore per una sua integrale attuazione, contro tutte le interpretazioni minimizzanti. Tuttavia, di fronte alle disposizioni programmatiche della carta egli stesso non poté fare a meno di stigma-

(100) AMORTH, *Il contenuto giuridico*, cit., p. 795.

tizzare le loro « apparenze normative » (101). Le ragioni che avevano indotto il costituente ad inserirle nella carta, secondo Calamandrei, affondavano le radici in quella sorta di compromesso tra le forze conservatrici e le forze progressiste che aveva per così dire risarcito queste ultime della mancata rivoluzione, assicurando loro una rivoluzione promessa (102). È una considerazione che si comprende appieno solo contestualizzandola all'interno della personale delusione di Calamandrei per quella rivoluzione mancata (103). Egli aveva sempre sostenuto — in linea con quanto lo stesso Partito d'Azione affermava — la necessità che l'Assemblea Costituente dovesse realizzare quelle indispensabili riforme sociali ed economiche che apparivano condizione assolutamente necessaria per un effettivo rinnovamento della società italiana. Tramontata questa ipotesi, egli non poteva che considerare le norme programmatiche come una sorta di ripiego, una soluzione di comodo, poco impegnativa. A posteriori, possiamo certamente dire che egli ne sottovalutò le potenzialità (104) ma questo, ai fini del presente scritto, rileva fino ad un certo punto. Quanto qui interessa sottolineare è che sul tema dirimente delle disposizioni programmatiche, neppure un giurista estremamente sensibile allo spirito della carta e decisamente schierato a favore di una sua completa attuazione riusciva a preservarla dalle obiezioni che sostenevano l'assenza di giuridicità di molte delle sue norme. Ancora una volta, quindi, per contrastare la tesi sostenuta dalla dottrina tradizionale, occorre svolgere una riflessione più profonda, occorre mettere nuovamente mano alle cate-

(101) P. CALAMANDREI, *Chiarezza nella Costituzione*, discorso pronunciato all'Assemblea Costituente nella seduta del 4 marzo 1947, ora in Id., *Costituzione e leggi di Antigone. Scritti e discorsi politici*, Milano, Sansoni, 2004, p. 87.

(102) P. Calamandrei, affermò infatti che « per compensare le forze di sinistra dalla rivoluzione mancata, le forze di destra non si opposero ad accogliere nella Costituzione una rivoluzione promessa » (P. CALAMANDREI, *Cenni sulla Costituente e sui suoi lavori* ora in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, Barbera, 1950, vol. I, p. CXXXV).

(103) Sul pensiero di Calamandrei, si confronti la recente ed interessante ricostruzione Piero Calamandrei rettore dell'Università di Firenze. *La democrazia, la cultura, il diritto*, a cura di S. Merlini, Milano, Giuffrè, 2005.

(104) Così anche S. MERLINI, *Piero Calamandrei e la ricostruzione della democrazia in Italia*, in *Piero Calamandrei rettore*, cit.

gorie interpretative per verificare la loro adeguatezza alla comprensione del fenomeno. Nello specifico, occorre rimettere in discussione il concetto stesso di norma giuridica. Coloro che negavano la normatività alle disposizioni programmatiche utilizzavano infatti il concetto di norma giuridica in modo ben preciso, secondo un'accezione privatistica e, pertanto, tutto sommato restrittiva. Un'accezione che faceva leva cioè sul necessario requisito della sanzionabilità della norma. Risulta evidente, tuttavia, il limite di questo tipo di ragionamento. Subordinare la normatività della Costituzione alla possibilità o meno di sanzionare le sue disposizioni non portava molto lontano. Si esauriva sostanzialmente in un sillogismo vagamente tautologico, che suonava pressappoco così: solo le norme atte a regolare i rapporti tra i privati producono effetti giuridici; le norme costituzionali (almeno quelle che dispongono principi generali) non sono atte a regolare i rapporti tra i privati; ergo queste norme non producono effetti giuridici.

Per questo molti autori si concentrarono sulla ricerca di quelle che erano le caratteristiche proprie delle norme costituzionali, caratteristiche che le distinguevano dalle norme di diritto privato, ma che consentivano loro di produrre comunque effetti giuridici.

È il caso di Barile che, nella sua monografia (dal titolo nient'affatto neutrale: *La costituzione come norma giuridica*)⁽¹⁰⁵⁾ sentì il bisogno di prendere le mosse proprio da una riflessione sui caratteri generali della norma giuridica, allo scopo di far emergere quelle caratteristiche che la distinguevano cioè dalle altre *normae agendi*, per poi indagare i requisiti tipici che caratterizzavano le norme costituzionali. Ma su un piano analogo si mosse anche Mortati che sostenne la necessità di prendere atto della loro peculiare natura, che richiedeva un tipo di interpretazione altrettanto peculiare, e pertanto diversa da quella utilizzata nell'analisi delle norme ordinarie⁽¹⁰⁶⁾. Si trattava di un'opinione tutto sommato condivisa tra le fila della giuspubblicistica cresciuta negli anni Trenta. Nello stesso

(105) Cfr. P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, Sansoni Editore, 1951.

(106) In tal senso si cfr. ancora C. MORTATI, *La Corte Costituzionale e i presupposti della sua validità*, in « Justitia », 1949.

senso si pronunciò ad esempio anche Pierandrei, pur attribuendo tale peculiarità non tanto alla qualità della norma (per questo autore una norma giuridica era pur sempre una norma giuridica), ma alla speciale materia, quella costituzionale appunto, che essa disciplinava. Ma anche lo stesso Amorth, nonostante la sua vicinanza alle opzioni metodologiche della scuola giuridica nazionale, non poté fare a meno di sostenere la specialità delle norme costituzionali e, soprattutto, la loro diversità rispetto alle leggi ordinarie. Era proprio la confusione tra questi due piani che egli rimproverava alla già citata sentenza delle SS. UU. penali del 7 febbraio 1948. Solo non considerando la natura peculiare delle norme costituzionali, affermava l'autore, si può pensare di distinguerle in precettive e non precettive. Così facendo si incorre però « nell'inganno di porre le disposizioni costituzionali « realizzate » sul piano delle comuni disposizioni legislative, mentre esse adempiono ad una funzione di stabilizzazione e di rafforzamento, più volte ricordata »⁽¹⁰⁷⁾. Amorth sceglie quindi di sostenere con forza il primato della costituzione nell'ordinamento (« la costituzione è *superlegge* »)⁽¹⁰⁸⁾ e non nega che essa ponga dei vincoli all'interprete e persino al legislatore. Tuttavia, egli non riesce a spingersi molto più in là, finendo per giungere, per sua stessa ammissione, alla medesima soluzione cui era pervenuta la Cassazione e cioè che ben di rado sarà possibile (pur essendovi per Amorth questa astratta possibilità) applicare la Costituzione al caso concreto.

Quella di Amorth, tuttavia, non era una conclusione obbligata. Ancora Mortati, dopo aver sottolineato come la stessa struttura statale fosse inscindibilmente connessa ai principi generali contenuti nella carta (il che significava che questi ultimi producevano effetti anche solo per il semplice fatto di influire sul modo di essere degli organi statuali)⁽¹⁰⁹⁾, si sforzò di mostrare la concreta possibilità di applicazione degli stessi principi generali alla vita quotidiana. L'esempio più appropriato era quello del tanto criticato passaggio

⁽¹⁰⁷⁾ A. AMORTH, *Efficacia abrogativa delle disposizioni costituzionali*, 1948, ora in ID., *Scritti giuridici 1940-1948*, Milano, Giuffrè, 1999, vol. II, pp. 1025-1026.

⁽¹⁰⁸⁾ Ivi, p. 1023. In corsivo nel testo.

⁽¹⁰⁹⁾ C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, cit.

dell'art. 1 C. che affermava la Repubblica fondarsi sul lavoro. Per il giurista calabrese, si trattava di una disposizione tutt'altro che inutile sotto il profilo giuridico: essa possedeva invece « potenzialità di applicazione » ⁽¹¹⁰⁾ non solo ai rapporti civili, come aveva sostenuto anche Esposito ⁽¹¹¹⁾, ma persino a quelli politici. Sulla base di quella disposizione, si poteva ad esempio ipotizzare una futura limitazione al godimento dei diritti politici per coloro che si fossero volontariamente sottratti al lavoro. Dopo tutto, non sarebbe stata neppure una novità assoluta per il diritto pubblico, visto che le costituzioni ottocentesche ammettevano limitazioni al diritto di voto su base reddituale.

Sulla stessa lunghezza d'onda troviamo anche Lavagna e Crisafulli. Per quanto riguarda il primo, egli non escludeva a priori che nel testo costituzionale vi fossero disposizioni che « si limitano a dettare semplici raccomandazioni, definizioni, proposte, ecc., senza dare, quindi, vita a vere norme giuridiche » ⁽¹¹²⁾. Tuttavia, invitava gli interpreti a non abusare di questa considerazione e non concludere in maniera troppo disinvolta nel senso di una sostanziale incapacità di produrre effetti giuridici. Al contrario, egli riteneva che la Costituzione fosse in linea di massima perfettamente efficace e, soprattutto, la riteneva assolutamente applicabile al caso concreto, vale a dire in sede giudiziale. Il fatto che esistessero alcune disposizioni che non consentivano invece tale applicazione, costituiva un'eccezione che non poteva cancellare la regola: « [...] risulta dunque chiaramente che nessun elemento, né formale, né sostanziale, può essere assunto per escludere in via assoluta, l'applicabilità da parte dei giudici della Costituzione; ma che, invece, tale esclusione può essere fatta caso per caso » ⁽¹¹³⁾.

La posizione di Crisafulli era invece ancora più decisa: egli contestava alla radice che esistessero disposizioni costituzionali non

⁽¹¹⁰⁾ Ivi, p. 401.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. ESPOSITO, *Commento all'art. 1*, cit., p. 12.

⁽¹¹²⁾ C. LAVAGNA, *Sulla non retroattività della Costituzione*, in « Rassegna di diritto pubblico », 1948, ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, cit., p. 101.

⁽¹¹³⁾ C. LAVAGNA, *Efficacia della Costituzione. Con particolare riguardo all'art.25, comma 2°*, in « Giustizia penale », 1948, ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, cit., p. 91.

normative⁽¹¹⁴⁾. Tutte le disposizioni costituzionali, comprese le cosiddette norme programmatiche, sono senza dubbio norme giuridiche. E sono tali, affermava l'autore, proprio perché producono effetti giuridici. Il fatto che non li producessero attribuendo ai singoli cittadini una posizione propriamente definibile come diritto soggettivo⁽¹¹⁵⁾ non significava certo che la loro presenza nel testo fosse giuridicamente priva di senso. Esse infatti producevano certamente effetti giuridici vincolanti nei confronti dei poteri — tutti i poteri — dello Stato. La conclusione di Crisafulli sul punto è molto importante. L'argomento più efficace per sostenere la normatività delle disposizioni programmatiche, infatti, consisteva nel ritenerle vincolanti e quindi produttive di effetti giuridici *almeno* per il legislatore. Questo consentiva anche di aggirare l'obiezione del difetto di sanzionabilità, alla luce della imminente entrata in vigore della Corte Costituzionale. Crisafulli però, si spinge volutamente oltre e afferma: « dire che le norme programmatiche si rivolgono al legislatore è dunque esatto, ma solo parzialmente esatto: le norme programmatiche si rivolgono in realtà allo Stato — soggetto prescrivendogli il conseguimento di certi scopi, ecc., quindi ponendo alla sua attività determinati limiti positivi e negativi [...] »⁽¹¹⁶⁾. E se è vero, afferma Crisafulli, che di fronte all'inattuazione costituzionale non è prevista alcuna possibile sanzione, è altrettanto vero che una sanzione assai efficace esiste in caso di violazione delle norme programmatiche: vale a dire la dichiarazione giudiziale di incostituzionalità. Ma se il legislativo è vincolato da tali norme, non lo sono meno il potere esecutivo (e non osta, per Crisafulli « la larghissima discrezionalità che è essenzialmente propria della funzione di governo o di indirizzo politico, poiché discrezionalità non significa

⁽¹¹⁴⁾ V. CRISAFULLI, *Le norme "programmatiche" della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, cit.

⁽¹¹⁵⁾ Peraltro lo stesso Crisafulli indicava come ancora da esplorare il terreno delle situazioni soggettive di vantaggio create dalle norme costituzionali. In particolare, a proposito dell'art. 4 C., egli negava che esso conferisse ai disoccupati un diritto soggettivo all'impiego. Tuttavia, non escludeva affatto che tale norma potesse quanto meno configurare una posizione di interesse legittimo, analoga a quella che si trova nel diritto amministrativo.

⁽¹¹⁶⁾ CRISAFULLI, *Le norme "programmatiche"*, cit., p. 78.

piena libertà e meno ancora arbitrio ») ⁽¹¹⁷⁾ e lo stesso potere giudiziario, il quale, se pur autonomo dagli altri due, non può non essere vincolato dalle norme programmatiche, ad esempio, nell'ambito della attività di ricerca e integrazione del diritto, oppure ogni qualvolta l'ordinamento lasci al giudice l'esercizio di un ampio potere di discrezionalità.

Si può quindi concludere che la questione della normatività delle disposizioni costituzionali programmatiche non poteva essere risolta utilizzando come criterio di riferimento il concetto prevalentemente privatistico di norma giuridica. Per tutti coloro che ritenevano insufficiente e inadeguata una semplice negazione di normatività, si era quindi — ancora una volta — reso necessario procedere ad una revisione delle proprie categorie dogmatiche per approfondire, prima, la peculiare natura delle disposizioni costituzionali e, poi, la capacità di alcune di esse (e segnatamente quelle contenenti principi generali) di dispiegare effetti giuridici.

Ora occorre sottolineare che esisteva un punto sul quale tutti gli autori concordavano, o meglio, che tutti gli autori erano costretti a riconoscere come un dato di fatto. Si fa riferimento alla necessità, per le norme che disponevano principi generali, di essere integrate o meglio specificate attraverso un successivo intervento legislativo. Su questo punto convenivano sia coloro che negavano giuridicità alla norma recante il principio generale (la quale era ritenuta improduttiva di effetti proprio perché, per produrne, abbisognava di ulteriori e successive specificazioni), sia coloro che invece ritenevano tale norma già di per sé vincolante (e quindi produttiva di effetti giuridici per i poteri dello Stato, in primo luogo quello legislativo). A prima vista potrebbe apparire una curiosa convergenza, ma — ai fini del nostro ragionamento — rappresenta qualche cosa di molto più significativo. Sottolineando la necessità di un rimando all'intervento legislativo, infatti, entrambe le posizioni non facevano altro che porre l'attenzione sul decisivo momento della implementazione della carta costituzionale. In altre parole, pur prendendo le mosse da opzioni di fondo estremamente differenti, tutta la dottrina, ad un certo punto, giungeva necessariamente a confrontarsi con il mo-

⁽¹¹⁷⁾ Ivi, p. 81.

mento dell'attuazione costituzionale. Si trattava di una sorta di passaggio obbligato, al quale gli interpreti non potevano sottrarsi. La necessaria indeterminatezza delle disposizioni di principio contenute nella carta, del resto, ancora nel 1948 permetteva di poter immaginare diversi percorsi possibili per sviluppare la Costituzione: alcuni più conservativi, altri più aperti alle novità in essa contenute. Ma soprattutto, interessa sottolineare che entrambi questi percorsi naturalmente consideravano — e non poteva che essere così — l'intervento legislativo come il primario ed imprescindibile strumento di attuazione della carta. Solo che attribuivano a questo intervento significati, e quindi anche prospettive, assai differenti tra loro.

5. *Quali prospettive per lo sviluppo della Costituzione? La legge e il legislatore.*

Come si è visto nelle pagine precedenti, la dottrina più vicina alla tradizione liberale aveva sostenuto che la necessità di integrare legislativamente le disposizioni costituzionali di principio, dimostrava la sostanziale mancanza di giuridicità di queste ultime⁽¹¹⁸⁾. Con un ragionamento che, all'ingrosso, suonava pressappoco così: se queste norme della Costituzione hanno bisogno di una specificazione legislativa ulteriore per poter essere applicate ai rapporti tra i privati, sarà allora questa successiva disposizione ad assumere la forma di una vera e propria norma giuridica, e non la norma costituzionale. Se quest'ultima fosse stata di per sé già una norma giuridica, infatti, non avrebbe avuto bisogno di un'ulteriore integrazione per poter produrre i propri effetti. Ai fini del nostro ragionamento, si tratta a questo punto di comprendere esattamente il significato da riconoscere a questo passaggio successivo, a questa necessaria integrazione legislativa. Sulla base della distinzione tra disposizioni normative e non normative, appare chiaro che il passaggio in questione veniva percepito come un momento di trasformazione, come

⁽¹¹⁸⁾ In questo senso cfr. CHIARELLI, *Elasticità*, cit.; VIRGA, *Origine contenuto e valore*, cit.; nonché G. AZZARITI, *Giurisdizioni speciali, Corte costituzionale e magistratura ordinaria*, in « Foro Italiano », 1950.

un trapasso dalla sfera del *metagiuridico* a quella del *giuridico* vero e proprio.

Si trattava sostanzialmente di un *appello alla legge*, alla quale ci si rivolgeva per colmare le lacune di normatività presenti nel testo costituzionale. Così facendo, tuttavia, si finiva inevitabilmente per contrapporre la legge alla costituzione, identificando la prima con la sfera giuridica e la seconda, invece, con quella metagiuridica. Certo, si potrebbe osservare che il problema si poneva solo per un certo tipo di disposizioni costituzionali e non per la carta nel suo complesso. Ma ciò non rileva, perché a ben vedere erano proprio quelle particolari disposizioni costituzionali, che affermavano diritti sociali o principi generali, a costituire il vero e proprio profilo di novità delle costituzioni del Novecento, rispetto alla tradizione costituzionalistica del secolo precedente. Ed è per questo che ci sembra possibile interpretare questo appello alla legge come un ulteriore tardivo frutto di quella tradizione. Perché contro quegli articoli della carta che a molti sembrarono insopportabilmente vaghi ed ideologici, si ribadiva un valore che veniva da lontano, il valore della legge appunto. Era un valore che aveva radici molto profonde. Nel panorama dello statualismo, che costituiva l'orizzonte all'interno del quale si era costruita la dottrina dell'età liberale e le stesse teorie dello Stato di diritto, questi ultimi due concetti — *Stato e diritto* appunto — formavano un binomio inscindibile. Ma accanto a questo binomio, ne esisteva anche un altro, quello che legava indissolubilmente *Stato e legge*. Il diritto, come si è già avuto modo di sottolineare, costituiva il fondamento, l'essenza dell'edificio statale. Attraverso il diritto lo Stato si formava ed esso rappresentava la sua stessa condizione di esistenza. Ma se lo Stato parlava — e poteva unicamente parlare — attraverso il linguaggio del diritto, qual'era la sua voce? Lo Stato era persona giuridica ed era tale soprattutto perché possedeva una sua propria volontà⁽¹¹⁹⁾: con quale mezzo esprimeva questa volontà? La risposta era la legge che, seppure non fosse l'unica espressione di volontà dello Stato, ne costi-

⁽¹¹⁹⁾ L'equivalenza tra capacità di volere e personalità giuridica sta esattamente alla radice della teoria dello Stato — persona. Ancora prima che in Italia il concetto venisse teorizzato da V.E. Orlando, si cfr., ad esempio, C.F. VON GERBER, *Grundzüge*, cit.

tuiva certamente la manifestazione principale e prioritaria. In linea con lo stesso modello di Stato di diritto elaborato dalla scuola giuridica orlandiana, fondato sul parlamentarismo e imperniato sul ruolo centrale dell'Assemblea legislativa. Risulta quindi evidente che, all'interno di questo paradigma di riferimento, il concetto di legge viene ad assumere una connotazione valoriale. Essa non è semplicemente un mezzo di espressione della volontà statale. In quanto tale, la legge riflette anche lo stesso valore intrinseco che veniva riconosciuto allo Stato stesso.

Ma cosa poteva significare traslare questo modo di pensare la legge nel contesto, radicalmente mutato, della nuova Costituzione? Si tratta di verificare quali elementi di valore essa continuasse ad incarnare anche nell'Italia repubblicana. Innanzi tutto, a differenza della costituzione, la legge appariva agli occhi dei giuristi come uno strumento familiare, quotidiano, che aveva sempre permesso loro di coniugare teoria e pratica del diritto avendo sì i caratteri della generalità e dell'astrattezza, ma essendo anche sempre applicabile al caso specifico. Rispetto ai principi generali contenuti nelle carte costituzionali, anche di quelli che sanciscono i fondamentali diritti dei cittadini, notava Amorth, essa costituisce sempre « il modo concreto con cui quel diritto si presenta configurato nell'ordinamento giuridico »⁽¹²⁰⁾. Ed è proprio il riferimento all'ordinamento giuridico che ci permette di comprendere quale straordinario valore rappresentasse la legge agli occhi dei giuristi. Essa appare, per sua stessa natura, indissolubilmente legata al concetto di ordinamento: non solo ne costituisce l'ossatura principale, ma soprattutto non risulta concepibile al di fuori di esso. La legge, in altre parole, non è uno strumento pensato per vivere isolatamente, ma nasce — al contrario — per inserirsi in maniera sistematica all'interno di un impianto normativo più ampio; alla realizzazione del quale certamente contribuisce, ma dall'esistenza del quale, al tempo stesso, trae anche valore. Inoltre, va poi considerato il modo con il quale la legge contribuisce a strutturare l'ordinamento: essa vi si inserisce cioè in maniera paritaria. Non si tratta di mettere in discussione, chiaramente, né il principio della gerarchia delle fonti di diritto, né

(120) AMORTH, *Il contenuto giuridico*, cit., p. 793.

l'altrettanto basilare principio della successione temporale delle norme. Si tratta piuttosto di riconoscere semplicemente che una norma ordinaria contribuisce all'ordinamento come legge tra le leggi e non si pone mai al di sopra dell'intero sistema normativo. Può abrogare certo una norma anteriore, ma può anche essere abrogata, con la medesima facilità, da una legge posteriore. Mettendo insieme queste due considerazioni, si può quindi concludere che la legge va necessariamente interpretata come parte di un tutto; un tutto che contribuisce a strutturare ma anche a far evolvere. Questa evoluzione, tuttavia, è sempre fatta di mutamenti relativi, di cambiamenti che riguardano uno o più tasselli di un mosaico, i cui contorni se non restano intatti, quanto meno, si trasformano nel tempo con rassicurante lentezza.

Ciò detto, appare adesso più chiaro il significato profondo della contrapposizione legge *versus* costituzione, che emerge da alcune opinioni dottrinali del secondo dopoguerra. Appellarsi alla legge per completare le disposizioni programmatiche inserite nella carta significava fare appello alla continuità dell'ordinamento giuridico contro il pericolo di un suo radicale stravolgimento, ad opera dei nuovi principi generali che i costituenti avevano posto alla base del sistema. Era quindi un modo per riaffermare sia la priorità del diritto sulle ragioni della politica, sia — di conseguenza — la centralità del ruolo dei tecnici del diritto contro una volontà costituente che aveva manifestato preoccupanti segnali di onnipotenza. Ma era anche un modo di porsi nei confronti della carta costituzionale basato sull'evidente volontà di ridimensionarne la portata, di sminuirne la carica innovativa. Era quanto Vezio Crisafulli, pur non riferendosi specificatamente alle riflessioni dei suoi colleghi ma ad un atteggiamento più generale che rinveniva nel Paese, aveva acutamente definito come « conservatorismo repubblicano » ⁽¹²¹⁾.

Quest'ultima affermazione di Crisafulli ci conduce direttamente dentro alla seconda possibile interpretazione che la dottrina produsse a proposito della necessaria integrazione legislativa delle disposizioni programmatiche. Un'interpretazione che non si rifaceva

⁽¹²¹⁾ V. CRISAFULLI, *Oltre la Costituzione*, in « Rinascita », anno V, numero 1, gennaio 1948, p. 6.

tanto al valore della legge in sé, ma che si appellava invece al soggetto chiamato a fare la legge, vale a dire al legislatore. Che differenza c'è, dunque tra l'appello alla legge e quello al legislatore? La risposta, al solito, sta nelle diverse tradizioni culturali che si celavano dietro alle posizioni dei giuristi. Se la dottrina di tradizione liberale attribuiva, come detto, un determinato valore alla legge, i vari Crisafulli, Mortati, Lavagna prendevano le mosse da presupposti ben diversi. Forti delle riflessioni svolte a cavallo tra gli anni Trenta e gli anni Quaranta, questi autori riconoscevano, come si è visto, ai partiti politici il fondamentale compito di inserimento del popolo nello Stato. Le forze politiche quindi non avevano più un mero valore prestatuale di organizzazione del consenso ma svolgevano un ruolo di fondamentale rilevanza costituzionale. Che questo ruolo venisse poi ricostruito in un'ottica organicistica come faceva Mortati oppure partendo da un'impostazione dualistica come invece facevano Esposito, Crisafulli e lo stesso Lavagna, poco importa. Quanto importa è che tutti questi autori ritenevano che i partiti assolvessero ad « una funzione basilare della vita della nostra democrazia rappresentativa »⁽¹²²⁾; che rispetto alla organizzazione del governo essi fossero « l'elemento propulsore di detta organizzazione »⁽¹²³⁾; che fossero chiamati ad « immettere il popolo come totalità nello Stato come unità »⁽¹²⁴⁾; che fossero « il mezzo necessario di azione della società che si fa stato »⁽¹²⁵⁾. A prescindere dalle diverse definizioni, il concetto era comunque il medesimo: i partiti politici rappresentavano la chiave di volta dell'architettura costituzionale, essendo chiamati a svolgere (se non in via esclusiva, quanto meno prioritaria) quella funzione di raccordo tra società e istituzioni che era stata trascurata, sia pur per ragioni diverse, sotto lo Stato di diritto liberale, così come sotto il regime fascista. Tanto che non occorre spaventarsi, sottolineava Crisafulli, di una eventuale esautorazione delle assemblee parlamentari a causa del troppo

⁽¹²²⁾ C. ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, in « Archivio giuridico "Filippo Serafini" », 1951, fasc. I-II, p. 15.

⁽¹²³⁾ C. LAVAGNA, *Alcune impressioni e proposte*, cit., p. 109.

⁽¹²⁴⁾ V. CRISAFULLI, *Partiti, Parlamento, Governo*, 1966, ora in Id., *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 210.

⁽¹²⁵⁾ MORTATI, *Note introduttive*, cit., p. 139.

potere delle segreterie dei partiti, « poiché attraverso i partiti [...] si delinea modernamente la tendenza a rendere, in certo qual modo, diretto il rapporto tra Governo e popolo passando sopra la intermediazione delle Assemblee » (126).

Eccoci quindi giunti al punto. L'appello al legislatore fatto da questi autori non poteva certo prescindere da questa concezione delle assemblee parlamentari certamente « moderna », come scriveva Crisafulli, soprattutto se comparata con i Parlamenti liberali. La sensibilità verso la dimensione politica e verso il ruolo fondamentale che i partiti erano adesso chiamati a svolgere suggeriva a questi autori una visione dell'intervento legislativo assai diversa rispetto a quella descritta in precedenza. Più che sulla legge intesa come strumento tecnico, come tassello incorporato nel più ampio sistema dell'ordinamento giuridico, essi puntavano infatti sul legislatore. Perché il legislatore, adesso, non era più l'assemblea dei deputati tipica dello Stato di diritto, ma era divenuto il luogo in cui le forze politiche realizzavano il loro compito di selezione e di mediazione degli interessi. Il Parlamento, in altre parole, rappresentava la traduzione istituzionale della nuova società politica, era cioè il potere costituito più omogeneo (proprio perché espressione delle forze politiche) al potere costituente. Chi meglio di esso, avrebbe allora potuto portare a compimento il lavoro iniziato proprio dal costituente repubblicano, continuandone l'opera e specificando quei principi generali che la carta del 1948 aveva soltanto tratteggiato? È proprio questa fondamentale e sostanziale continuità tra Assemblea Costituente e Parlamento repubblicano a fondare quella idea di « grande politica » (127) che parte della giuspubblicistica riteneva — a torto, più che a ragione, probabilmente — di potersi aspettare dai partiti. Questi, in sede costituente, avevano infatti dato prova di essere effettivamente *parte totale* (128), di poter coniu-

(126) V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, 1957, ora in ID., *Stato popolo governo*, cit., p. 163.

(127) Il termine è utilizzato da M. FIORAVANTI, *La trasformazione del modello costituzionale*, in *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni '70. Sistema politico ed istituzioni*, a cura di G. De Rosa e G. Monina, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, vol. IV, p. 305.

(128) La concezione del partito come parte totale era anch'essa figlia della elabo-

gare cioè unità e pluralità. In quella sede, pur non rinunciando alla loro specifica identità di parte, erano comunque riusciti a svolgere egregiamente la loro funzione di mediazione degli interessi, raggiungendo quei compromessi che avevano permesso alla Costituzione di diventare la carta fondamentale di tutti gli Italiani, socialisti, democristiani, comunisti o liberali che fossero. Di qui la speranza che i partiti politici riuscissero anche in futuro a porsi nel solco — da essi stessi peraltro tracciato — dell'esperienza costituente: agendo all'interno delle dinamiche istituzionali cristallizzate nella carta, attuando compiutamente tutti quegli istituti che abbisognavano di ulteriori interventi legislativi per poter entrare in funzione, dando infine seguito ai principi generali che servivano a delineare l'indirizzo politico costituzionale.

6. *Conclusioni.*

Sulla base di quanto abbiamo detto, si può tornare al punto di partenza, per tracciare alcune sintetiche conclusioni. Riannodiamo i fili della riflessione, quindi, partendo dall'inizio. La vitalità di cui gode, a tutt'oggi, il dibattito sulla normatività della Costituzione ci ha portato ad indagare sull'esistenza o meno di alcune retaggi culturali che, all'interno dello specifico ambito della cultura giuridica italiana, dessero ragione della costante difficoltà ad affermarsi incontrata dalla carta costituzionale. Quanto si può affermare con certezza, a conclusione di queste pagine, è che il retroterra dal quale muoveva la dottrina italiana era tutt'altro che omogeneo, visto che al suo interno agivano almeno due grandi tradizioni di pensiero: quella elaborata dalla scuola giuridica nazionale teorizzatrice del *Rechtsstaat* italiano e quella sviluppatasi invece a cavallo tra gli anni Trenta e gli anni Quaranta che, se certo aveva contribuito ad innovare decisamente la dottrina precedente — in linea con le coeve acquisizioni della giuspubblicistica tedesca dell'età weimariana — non può però essere considerata una scuola. Sia perché,

ragione dottrinale degli anni Trenta. Del resto ancora nel 1966, Vezio Crisafulli, nell'utilizzarla in apertura della sua relazione sul tema *Partiti, Parlamento, Governo*, cit., citava al proposito Ugo Spirito.

pur nella condivisione di alcuni importanti opzioni di fondo, le voci che la componevano continuavano ad essere piuttosto eterogenee, sia perché il contenitore istituzionale nel quale essa crebbe e si sviluppò (vale a dire il regime fascista) se da un lato favorì l'emergere di alcune intuizioni, dall'altro compresse notevolmente le loro potenzialità di sviluppo. La presenza di queste due eredità culturali, come si è visto, ha influenzato notevolmente l'interpretazione della carta costituzionale, come dimostra il dibattito sulle norme programmatiche e il diverso modo di intendere le necessarie integrazioni legislative di cui esse avevano bisogno. Proprio i due appelli — quello al valore della legge e quello al ruolo del legislatore — spostano il discorso proiettando l'analisi nel futuro, gettando lo sguardo verso l'attuazione della carta costituzionale. Ora, alla luce di come questa si è realizzata negli anni, sembra possibile concludere che proprio la compresenza di queste due eredità culturali ha impedito lo svilupparsi nel paese di una omogenea e condivisa cultura della costituzione.

Che la tradizione dogmatica dello Stato di diritto non fosse idonea a questo scopo, lo si comprende in maniera decisamente più immediata. I suoi schemi di ragionamento erano ancora troppo legati ad una realtà politica e sociale ormai lontana e le sue categorie interpretative faticavano spesso a comprendere e a sistematizzare i nuovi protagonisti ed il comune sentire della stagione repubblicana. Ne conseguiva quindi una interpretazione della carta costituzionale decisamente riduttiva e inadeguata a cogliere tutti i profili di novità in essa contenuti. Tuttavia, neppure la cultura giuridica prodotta negli anni Trenta fornì un contributo decisivo per la creazione di una omogenea cultura della costituzione. Essa non riuscì infatti a soppiantare la precedente tradizione; in primo luogo perché — come detto — non fu una scuola, e quindi non poteva produrre un impianto dogmatico equiparabile — per forza, rigore concettuale e tradizione — a quello della scuola giuridica nazionale. In secondo luogo poi, ed è quanto più ci interessa, la cultura degli anni Trenta non offrì neppure una interpretazione della carta in grado di fornire una sicura prospettiva di sviluppo della stessa.

Quello che si è definito l'appello al legislatore sembra esserne la dimostrazione. Esso si fondava su una ricostruzione del sistema costituzionale che affidava il suo buon funzionamento al comporta-

mento — costituzionalmente corretto — delle forze politiche. Il sistema avrebbe cioè funzionato se, e solo se, i suoi attori principali — vale a dire i partiti — lo avessero interpretato per così dire in maniera « virtuosa ». La capacità delle forze politiche di adempiere al compito che la carta aveva assegnato loro era cioè divenuta una condizione indispensabile del corretto sviluppo della Costituzione. Non si trattava, sia chiaro, di una fiducia cieca nei confronti del nuovo Parlamento repubblicano; non ci troviamo di fronte ad una sorta di riedizione del legislatore *necessariamente virtuoso* idealizzato dai rivoluzionari francesi. Se era ovvio che le forze politiche avrebbero avuto un ruolo rilevante nel determinare il buon funzionamento dell'ordinamento costituzionale, non era invece altrettanto ovvio che tale ruolo, da rilevante, divenisse indispensabile. Questa fu la conseguenza, piuttosto, del tipo di costituzionalizzazione che l'art. 49 dispose per i partiti; una costituzionalizzazione caratterizzata dalla più totale assenza di disciplina e di controllo. I giuristi intuirono il pericolo. Ancor prima che la carta entrasse in vigore, Lavagna analizzava quello che sarebbe poi diventato l'art. 49 con un certo allarme, avvertendo che lo scarno contenuto della norma avrebbe potuto far pensare « a chi in questo mondo si senta scettico e maligno, che gli “autori” della Costituzione abbiano voluto mantenersi *legibus soluti* »⁽¹²⁹⁾. Di lì a poco infatti, la progressiva inattuazione della carta e le sempre più crescenti perplessità circa il modo con il quale i partiti politici stavano interpretando il loro ruolo, fece germogliare la critica contro quella pratica che Maranini, coniato un fortunato neologismo, definì *partitocrazia*⁽¹³⁰⁾. Non vale la pena soffermarsi troppo sui profili di attrito che emersero tra alcuni importanti principi costituzionali e l'azione dei partiti politici fuori e dentro l'agorà istituzionale⁽¹³¹⁾. Quanto importa

⁽¹²⁹⁾ LAVAGNA, *Alcune impressioni e proposte*, cit., p. 109.

⁽¹³⁰⁾ G. MARANINI, *Governo parlamentare e partitocrazia (Lezione inaugurale dell'anno accademico 1949-50)*, Firenze, Editrice Universitaria, 1950.

⁽¹³¹⁾ Ci si può limitare a segnalare, oltre ai due sopra citati, questi altri contributi: C. ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, cit.; V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare*, cit.; A. AMORTH, *Garanzie democratiche di fronte all'azione dei partiti*, 1958, ora in Id., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1999, vol. IV; e, ancora prima, G. PERTICONE, *Rappresentanza politica e partito nello Stato contemporanea*

rilevare è che uno dei portati principali della cultura degli anni Trenta, vale a dire la centralità della politica e la necessità di un terreno di dialogo tra questa e il diritto, nel dopoguerra imboccò decisamente una strada: quella dell'inserimento dei partiti politici nell'ordinamento e della valorizzazione del loro agire all'interno delle dinamiche costituzionali. Sembrava essere lo sbocco più naturale, ma si rivelò invece un vicolo cieco.

Questo, tuttavia, non indusse la dottrina a rinunciare a difendere la Costituzione e a lavorare affinché essa potesse dispiegare tutte le proprie potenzialità. Più semplicemente, la obbligò a cambiare strategia. I nostri giuristi cominciarono così a guardare altrove e, più esattamente, si volsero in direzione della Corte costituzionale. Nello stesso anno in cui questa pronunciava la sua prima storica sentenza, infatti, ritroviamo Esposito, Crisafulli, Mortati e M.S. Giannini impegnati nella fondazione della nuova rivista *Giurisprudenza costituzionale*. Che non si trattasse di un semplice interesse scientifico per la nuova istituzione finalmente in funzione dopo otto anni di attesa, lo si capisce bene dalle pagine del primo numero della rivista. Il dibattito in esse ospitato, quello relativo cioè alla competenza della Consulta in ordine alle leggi anteriori alla Costituzione, lascia infatti comprendere agevolmente quali attese questi giuristi riponessero nella Corte⁽¹³²⁾. Essa poteva infatti adempiere al compito che le forze politiche non avevano saputo svolgere: assicurare finalmente la messa in atto e lo sviluppo della Costituzione, trasformare la lettera della carta in diritto vigente. Il lavoro che la Consulta prometteva di svolgere, infatti, avrebbe consentito alle norme costituzionali, anche a quelle che disponevano principi generali, di scendere dall'alto delle proprie solenni ma indeterminate enunciazioni, per raggiungere il quotidiano vivere dei cittadini, entrando per la via maestra: quella che, per eccellenza, è chiamata a

neo, 1949, ora in Id., *Scritti sul regime di massa*, Milano, Giuffrè, 1984; C. MORTATI (che rivolse direttamente le proprie accuse contro il suo stesso partito) nello scritto *La Democrazia cristiana*, 1949, ora in Id., *Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 1972, vol. IV.

⁽¹³²⁾ Lo testimonia anche il fatto che molti esponenti della dottrina degli anni Trenta finirono poi per ricoprire il ruolo di giudici costituzionali: Gaspare Ambrosini venne nominato nel 1955, Costantino Mortati nel 1960, Giuseppe Chiarelli, nel 1961 e Vezio Crisafulli nel 1968.

dare sostanza al diritto rendendolo vivo tramite la sua applicazione alle controversie tra i privati, la via della giurisprudenza. La prospettiva era indubbiamente attraente, soprattutto per i tecnici del diritto ⁽¹³³⁾ e, col passare degli anni, dimostrò di poter dare i suoi frutti. Per parafrasare le parole di Calamandrei ⁽¹³⁴⁾, la Costituzione a partire dal 1956 cominciò infatti a muoversi e significativamente, nell'arco di un quindicennio, quasi tutti gli istituti che fino ad allora erano rimasti lettera morta trovarono finalmente attuazione.

Pur tuttavia, a fini del nostro ragionamento, occorre notare come l'attuazione giurisprudenziale della Costituzione, pur presentandosi come una soluzione efficace e di prospettiva, non fosse comunque sufficiente. Quanto si intende affermare è che la complessiva interpretazione della carta prodotta dai giuristi cresciuti negli anni Trenta non poteva rinunciare al ruolo propulsore e propositivo che le forze politiche avrebbero dovuto svolgere. Certo, la Corte costituzionale ha avuto il merito straordinario di mettere in moto l'attuazione della carta che, negli anni precedenti, sembrava essersi irrimediabilmente arenata; ma la Consulta ha la precisa natura di un organo giurisdizionale e, in virtù di essa, non avrebbe mai potuto snaturarsi e sostituirsi alle istituzioni deputate per eccellenza alla elaborazione, allo sviluppo e alla messa in opera dell'indirizzo politico costituzionale: vale a dire Governo e Parlamento. I nostri giuristi, del resto, si dimostrarono ben consapevoli di questo. Ancora a metà degli anni Settanta, Mortati e Crisafulli ⁽¹³⁵⁾ — nono-

⁽¹³³⁾ Vale la pena di notare che nel 1965, fu la stessa magistratura a sposare questa interpretazione. Il Congresso dell'ANM tenuto a Gardone si concluse proprio con il riconoscimento da parte dei magistrati del dovere di applicare direttamente i principi costituzionali ai casi concreti. Questo, evidentemente, significava affermare il primato di tali principi nell'ordinamento, ma non solo. Significava anche, e soprattutto, candidare la giurisprudenza al ruolo di custode privilegiato della carta costituzionale e di garante della sua quotidiana vigenza. Non sfuggirà che tale presa di posizione suggeriva una potenziale rilettura delle dinamiche costituzionali, in grado di riverberare conseguenze importanti sulla stessa forma di governo.

⁽¹³⁴⁾ *La Costituzione si è mossa* è il significativo titolo di un articolo che Calamandrei scrisse per «La Stampa», a commento della prima storica sentenza della Consulta, pochi mesi prima di morire.

⁽¹³⁵⁾ Cfr. C. MORTATI, *Commento all'articolo primo della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, I, art. 1-12, *Principi fondamentali*, a cura di G. Branca, Bo-

stante un'attuazione della carta ormai a grande linee completata — continuavano a sottolineare la crisi delle istituzioni repubblicane e ad imputarne la responsabilità all'incapacità dei partiti politici di adempiere al proprio ruolo. Naturalmente, ciò non significa che questi autori sottovalutassero i fondamentali passi in avanti che la giurisprudenza costituzionale aveva consentito di fare in direzione dell'attuazione della carta. Più semplicemente, essi realizzarono invece che il ruolo attivo della Consulta, pur utilissimo, non era comunque sufficiente, da solo, a sostenere un adeguato sviluppo della Costituzione. L'interpretazione della carta che questi autori avevano elaborato, infatti, presupponeva necessariamente la presenza di un motore politico, in assenza del quale non sarebbe stato possibile per l'ordinamento costituzionale esprimere tutte le proprie potenzialità. Era questo, insomma, il principale limite della interpretazione costituzionale prodotta dalla generazione di giuristi cresciuti negli anni Trenta; un limite che, come visto, affondava le radici nella cultura giuridica di cui essi erano portatori.

Possiamo quindi concludere che all'indomani del 1948, il panorama della cultura giuridica italiana non offriva un solido e omogeneo paradigma di riferimento, utile alla interpretazione della Costituzione. Al contrario, la giuspubblicistica si avvicinò ad essa oscillando tra diffidenze di lunga tradizione e aperture di credito, non supportate però da un impianto teorico condiviso e, soprattutto, da una concreta ed affidabile strategia di sviluppo e di attuazione della carta.

logna, Zanichelli, 1975, pp. 1 e ss. nonché V. CRISAFULLI, *Ombre e luci della Costituzione*, 1978, ora in *Id.*, *Stato popolo governo*, cit., pp. 279 e ss.

Lecture

PIO CARONI, *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Basel-Genf-München, Helbing & Lichtenhahn, 2005.

Il libro raccoglie vari scritti dell'autore, redatti nell'ultimo decennio. Chi leggesse però l'opera senza curarsi delle informazioni contenute nella Prefazione, non si accorgerebbe in realtà del carattere composito del libro e rimarrebbe anzi colpito dalla sua unitarietà e coerenza interna.

Il tema affrontato è il ruolo della storia del diritto nel complesso della cultura giuridica. Caroni tiene però a distinguere con rigore il profilo scientifico — quale posto assegnare alla storia nel Parnaso delle scienze giuridiche — dal versante didattico, dal problema cioè della funzione formativa della storia giuridica. Sarebbe in effetti un'operazione troppo facile — anche se correntemente praticata — dare per risolto quest'ultimo problema con la semplice dimostrazione della fecondità culturale della storiografia. È però anche vero che le considerazioni svolte da Caroni nel corso della sua opera hanno in realtà uno spessore tale da renderle capaci di investire lo statuto epistemologico della storia giuridica (e della storia *tout court*) nella sua interezza. Il discorso che egli sviluppa è, per un verso, una pudica e sobria 'autobiografia intellettuale' e, per un altro verso, è la trasformazione e la sublimazione di una lunga e ricca esperienza di ricerca in una riflessione teorico-metodologica di grande respiro; questa però, proprio perché sostenuta da un ampio retroterra di 'ricerche sul campo', non diviene mai astratta elucubrazione e verbosa ridondanza, ma trattiene in sé la vivacità e la concretezza dell'esperienza vissuta.

Caroni si muove con la tranquilla sicurezza di uno storico privo di complessi di inferiorità e di superiorità: egli non desidera inseguire il giurista offrendogli con petulanza i propri servigi (e magari provando l'imbarazzante timore di vedersi opporre dall'interlocutore un sostanziale *fin de non recevoir*). Il punto di Archimede su cui far leva è a suo avviso la dimensione della storicità del diritto. Di questo celebre *topos* della letteratura teorico-giuridico l'autore offre una versione e un impiego originali e (vorrei dire) radicali. La necessaria sinergia fra storia e diritto è argomentata chiamando in causa la radice antropologica dell'identità individuale e collettiva e sottolineando il ruolo della me-

moria nel costituirsi di una cultura specificamente umana. Il bambino diviene uomo entro una comunità che gli fornisce gli strumenti per selezionare, nel magma delle esperienze, i dati rilevanti: la formazione dell'identità nasce dal continuo dosaggio del ricordare e del dimenticare; la progettazione del futuro passa attraverso la ricognizione del passato, i cui dati o relitti vengono continuamente rimessi in gioco e trasformati.

Viviamo sospesi fra ricordo e oblio. Il ricordo non è però un lusso, bensì è una dimensione costitutiva dell'umano; e ricordare non è un'operazione semplice e irriflessa, ma è una complessa e rischiosa procedura selettiva e costruttiva: è insomma un'attività squisitamente ermeneutica.

In effetti, l'interpretazione è un altro dei grandi temi evocati sullo sfondo da Caroni, giocando sul contrasto o tensione (un tema già di per sé complesso e affascinante) fra la fluidità dell'esperienza e la rigidità delle sue cristallizzazioni normative e poi ancora fra la plasticità della tradizione orale e l'intervento salvifico ma anche coartante della scrittura. Interpretare è appunto ritrovare la vita (la fluidità e la complessità dell'esperienza) dietro un testo apparentemente inerte, un testo che la scrittura ferma nel tempo, protegge dalla dissoluzione, ma sottrae al flusso fecondo dell'oralità.

L'interpretazione è dunque un'operazione compiuta su un testo che ormai un intervallo temporale più o meno lungo separa dal contesto entro il quale esso è venuto ad esistenza. Se ciò è vero, non è solo lo storico che deve fare i conti con il tempo, con il mutamento. Anche il giurista, a suo modo, si misura con testi che non possono essere intesi, non possono produrre senso, se non in quanto ricondotti alla dimensione della temporalità e del cambiamento.

Parlando di storia, memoria, temporalità è al giurista dunque, prima ancora che allo storico, che Caroni intende riferirsi. Facendo leva su concetti quali 'memoria', 'scrittura', 'interpretazione', l'autore ci mostra il senso profondo della storicità del diritto senza alcun bisogno di ricorrere ad enfatiche perorazioni. Il giurista non esercita un mestiere che può mettere in parentesi il rapporto fra il presente e il passato, salvo rivolgersi allo storico (al 'professionista della temporalità') per prendere in prestito (quando meglio crede) un ornamento stilistico o un abbellimento erudito o uno stimolante *appetizer* (le famigerate 'introduzioni storiche' di certa vecchia dottrina giuridica). Il giurista fa storia in prima persona, mette in atto procedure storico-ermeneutiche nel momento in cui si dispone a colmare lo iato temporale che separa un testo normativo dal contesto che lo ha generato. Tanto lo storico quanto il giurista sono dunque impegnati in un'operazione ermeneutica, che, se pure non identica, certo mostra rilevanti analogie; e il comune terreno, il bastione sul quale entrambi (lo vogliano o non lo vogliano) devono saldamente attestarsi, è la dimensione storica del

diritto. È appunto a partire da questa brillante reinterpretazione del *topos* della storicità che Caroni è in grado di dimostrare il ruolo formativo (e non semplicemente esornativo-culturale) della storia giuridica.

Urge però a questo punto una domanda ulteriore, che l'autore non esita a impostare: se la storia è essenziale, *quale* storia? Si tratta, ancora una volta di una domanda radicale (di una domanda che va alla radice del problema), una domanda che (all'altezza dell'analisi in cui si situa il discorso di Caroni) coincide in sostanza con il problema del rapporto fra il passato e il presente: occorre insomma di decidere quale sia la strategia da adottare in quel difficile 'esercizio di memoria' cui lo storico-giurista non può sottrarsi.

Siamo di fronte a un problema antico, in qualche modo consustanziale all'esistenza stessa di una dimensione ('oggettivamente') storica del diritto (e infatti non per caso Caroni dedica molte pagine preziose a ricostruirne le metamorfosi dal rinascimento giuridico in poi). In tempi recenti, però, il nodo che, in questa prospettiva, non può non venire al pettine è la proposta etichettabile (per intendersi) con il termine di 'neo-pandettistica'.

Fare storia, anche per Caroni, è muovere dal presente verso il passato. Il presente è ineludibile, come l'intera tradizione ermeneutica ha insistentemente e persuasivamente ripetuto (ma non si dimentichi nemmeno la tesi crociana del carattere necessariamente 'contemporaneo' di ogni storiografia). Non è quindi sull'impossibilità di spezzare il cerchio del presente che Caroni prende le distanze dalla neo-pandettistica. Non è in questione l'incombenza del presente. Il problema è però quale rapporto intrattenere, a partire dal presente, con il passato. È forse possibile esprimere il senso di questa alternativa con la seguente metafora: si tratta di decidere se assumere il presente come punto di partenza e *soltanto* come punto di partenza, come terreno di germinazione delle teorie, linguaggi, modelli a partire dai quali e attraverso i quali rivolgiamo le nostre domande al passato, o piuttosto considerarlo non solo come il nostro (obbligato) punto di partenza, ma anche come il nostro (auspicato) punto di arrivo.

Se è quest'ultima la strategia prescelta, il presente acquista un peso ben diversamente determinante nell'operazione storico-ermeneutica. La narrazione storica non appare allora solo stimolata e resa possibile dal presente, ma risulta anche teleologicamente orientata ad esso. La narrazione storica subisce una drastica semplificazione. Il passato non appare più un labirintico intreccio di segni. Sembra possibile, al contrario, rappresentarlo tracciando una linea che lo congiunga senza soluzione di continuità con il presente. La storia si distilla e si sublima come *tradizione*; e la tradizione traghetta il passato verso il presente e proprio per questo lo riscatta, lo redime dalla sua futilità e inutilità.

È la tradizione che 'salva' il passato (quella tradizione, beninteso,

che la ricostruzione teleologica del passato ha suggerito di 'inventare') nella misura in cui condanna all'oblio, come irrilevante, tutto ciò che non è riconducibile ad essa. Domina quindi, in questa prospettiva, il senso della continuità, l'idea di uno sviluppo storico dove i salti e le fratture, gli andirivieni e i rovesciamenti perdono di importanza a vantaggio della mono-direzionalità del processo. Si delinea un rapporto tendenzialmente circolare fra passato e presente: si muove dal presente verso il passato che è inteso (e convalidato) come conferma, cassa di risonanza, del presente, come una sua provvidenziale anticipazione o prefigurazione.

La storia cui Caroni ci invita è una storia diversa. Non è, tanto per usare una sua efficace espressione, un'apologia del presente, una « *Hagiographie des geltenden Rechts* » (p. 29). È piuttosto l'ostinata volontà di entrare in contatto con mondi perduti (pur nella consapevolezza del carattere precario e incerto di una siffatta impresa); è la curiosità non soltanto di trovare ciò che appare confermato dal presente (o da qualche suo tratto assunto come dominante), ma anche di rintracciare i fragili segni delle esperienze concluse e delle strade interrotte; è il desiderio di rappresentare la rete, il labirinto, le linee spezzate, piuttosto che il tratto sicuro e diritto di una tradizione.

Il compito raccomandato da Caroni non è un compito facile ed esige, per essere assolto, la disponibilità a immergersi in universi di discorso molteplici ed eterogenei. A ragione quindi Caroni apre un altro fronte tematico: il problema del rapporto fra il diritto e la società (e quindi fra il sapere storico-giuridico e le scienze sociali).

Si tratta di un confronto (per lo storico-giurista) rischioso ma necessario, che, se per un verso non deve indurlo a barattare la valorizzazione della normatività con il piatto di lenticchie dell'effettività (come se soltanto ciò che è 'effettivo' fosse storicamente rilevante), per un altro verso gli è imposto dall'impossibilità di isolare il diritto da quel contesto socio-culturale di cui è parte integrante. Basti pensare (come ci invita a fare il nostro autore) ai fenomeni del conflitto e del disciplinamento sociale. Non è possibile intendere il diritto (di oggi e di ieri) senza mettere a fuoco una dinamica interattiva caratterizzata dal continuo intreccio fra le esigenze della cooperazione e la divaricazione degli interessi e delle ideologie; e non è possibile capire la portata ordinante del diritto senza metterlo in rapporto con altre (e non giuridiche) regole e pratiche disciplinanti.

Capire il passato *sub specie iuris* è dunque un'impresa difficile che costringe a navigare pericolosamente fra gli opposti rischi del formalismo autoreferenziale e della sottovalutazione della 'ragione giuridica'; ed è un'impresa nella quale non solo lo storico, ma anche il giurista è coinvolto; perché anche quest'ultimo — come fa notare Caroni — non può avere una piena cognizione delle soluzioni normative e istituzionali vigenti se non è disposto a ricostruire non solo la linea retta che

dal passato conduce al presente, non solo il progetto dato per vincente, ma anche le opzioni scartate, le alternative perdenti.

Ciò è indubbiamente vero e tuttavia non impedisce, a mio avviso, che emergano differenze specifiche fra il giurista e lo storico del diritto, pur nella loro comune iscrizione nella dimensione della storicità. Mi sembrano infatti in qualche misura diverse le aspettative e quindi anche le procedure ermeneutiche adottate. Il giurista ha una maggiore libertà dello storico nei confronti del passato. Il suo rapporto con esso è direttamente, sistematicamente condizionato dall'urgenza di offrire una soluzione praticabile ai problemi del suo presente. Se quindi una qualche circolarità fra presente e passato è inevitabile per entrambi — per lo storico come per il giurista — tuttavia quest'ultimo ha un rapporto più stretto e cogente con l'oggi; il suo viaggio nel tempo è meno disinteressato e quindi (verosimilmente) più frettoloso; la sua comprensione del passato è più esposta al rischio di un 'uso' degli antichi testi piuttosto che univocamente votata ad una loro 'interpretazione' (tanto per riprendere la distinzione proposta da Umberto Eco). È dominante per il giurista l'esigenza di una 'costruzione' in funzione dell'applicazione (e sulla rilevanza della 'applicazione' nell'ermeneutica giuridica conviene tuttora rinviare alle pagine di Emilio Betti).

Lo storico invece non può permettersi di 'usare' i testi del passato né come supporto di una qualche teoria assunta come 'vera' né come materiale per costruire una dogmatica per il suo presente. Il vincolo della storicizzazione è per lui più cogente. Il suo mandato è interamente consegnato alla scommessa (al contempo 'impossibile' e necessaria) di recuperare le esperienze perdute, di dare senso non già semplicemente a ciò che è simile (o assimilabile) al suo presente, ma a ciò che da esso diverge più o meno drasticamente.

È questo il senso più autentico della ricerca storica (e quindi anche storico-giuridica): ed è proprio questo il messaggio (a mio avviso, centrale) comunicato dall'appassionata e rigorosa argomentazione di Caroni. Di essa, ho potuto in realtà offrire solo una rapida rassegna, la cui inevitabile selettività non rende giustizia alla ricchezza del testo. A guisa di conclusione, però, vorrei ricordare almeno un'altra delle determinazioni concettuali impiegate dall'autore: il riferimento, rafforzato dall'evocazione di Canetti, al groviglio delle possibilità che lo storico è chiamato a districare, nella consapevolezza (quotidianamente verificata) che nel mondo si sono date (e si danno) più cose di quelle che qualsiasi filosofia possa contenere. In questo tentativo di dar senso al diverso e di recuperare ciò che si è perduto la 'solitudine dello storico' (icasticamente evocata nel titolo del libro) è in realtà una 'solitudine affollata': abitata quanto meno — come Caroni ci ricorda — dai poeti, che con altri strumenti (e altra efficacia) conducono un'analogha 'lotta impossibile' contro il dissolversi dell'esistenza.

PIETRO COSTA

SALUSTIANO DE DIOS, JAVIER INFANTE y EUGENIA TORIJANO (coords.), *El Derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX). En memoria de Francisco Tomás y Valiente*, Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2004, 715 páginas.

« Dans l'état de nature, les hommes naissent bien dans l'égalité; mais ils n'y sauraient rester. La société le leur fait perdre, et ils ne redeviennent égaux que par les lois ».

« Quoique, dans la démocratie, l'égalité réelle soit l'âme de l'État [...], après quoi, c'est à des lois particulières à égaliser, pour ainsi dire, les inégalités ».

MONTESQUIEU, *L'Esprit des Loix*, liv. VIII, chap. III y liv. V, chap. V) ⁽¹⁾

« Hoy el Estado tiene mala prensa. Tampoco la tienen buena, sino peor, el Gobierno, los partidos y los políticos, porque cuando sopla el viento del descrédito, con todos, confundidos y revueltos, arrambla. Pagan justos por pecadores y el resultado, por algunos previsto y querido, es la debilitación de lo público en aras de una santa sociedad civil o mercantil, adorada por quienes no saben muy bien qué es ni a quién favorecen cuando la invocan. *Menos Estado y más mercado* era el titular reciente de una revista de economía, como si, sin aquél, fuera posible éste. Quien ha escrito los párrafos que componen este libro cree en el Estado y no se avergüenza de hacer pública, no su fe, pues no se trata de convicciones asumidas más allá de la razón, sino su creencia, en el sentido orteguiano. Del Estado se habla en muchos sentidos, por ejemplo, como aparato de poder y como comunidad o sociedad política, pretendiéndose, tal vez, con el uso creciente de esta segunda acepción, desde hace unos pocos años, sustituir la mención de España o el reconocimiento de su carácter nacional. No soy muy partidario de esta forma de entender qué sea el Estado, pero ahora sólo quiero

⁽¹⁾ Charles-Louis de Sécondat, Barón de La Brède y de MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loix* (1ª ed. en 2 vols., Ginebra, 1748), en sus *Oeuvres Complètes*, prefacio de Georges Vedel, presentación y notas de Daniel Oster, París, Éditions du Seuil, 1964, pp. 527-808. Las dos citas corresponden, respectivamente, al libro VIII. *De la corruption des principes des trois Gouvernements*, capítulo III. *De l'esprit d'égalité extrême*, p. 571; y al libro V. *Que les lois que le législateur donne doivent être relatives au principe du Gouvernement*, capítulo V. *Comment les lois établissent l'égalité dans la démocratie*, pp. 545-546, en concreto, p. 546.

decir que, en ese sentido, todos somos Estado, todos los ciudadanos estamos dentro de él y no a su ribera ».

TOMÁS Y VALIENTE, *A orillas del Estado*, Prólogo (2)

El lector que abre las páginas de este libro colectivo, de coordinación que advierte perseguidamente plural, trina, en concreto, es sabedor, con la simple lectura de su propio título, ya desde la misma portada, de su objetivo dúplice, y de su contenido doblemente ternario. Dual es el propósito de quienes lo han hecho posible, dado que se trata de un homenaje póstumo, en el que la ofrenda consiste en reflexiones escritas sobre los juristas de la universitaria y española Salamanca, moderna y contemporánea. De ahí que su contenido sea dos veces tríplice, si admisible resulta la paradoja numérica. Domina la presencia de un lugar (*topos* geográfico), la Universidad salmantina; de un tiempo (*topos* cronológico), del quinientos al novecientos; y de una materia (*topos* académico) de estudio y de reflexión, el Derecho y los juristas que lo crean, o ayudan a crear, lo interpretan, o creen ser capaces de interpretarlo, y lo aplican, o colaboran en su aplicación con el poder político, aunque, también, en ocasiones, criticando o rechazando la forma de ejecución de sus normas, ayer, hoy, mañana. Abraza el libro que nos ocupa, en fin, tres generaciones de historiadores del Derecho, de las que las dos vivas honran al maestro fallecido, Francisco Tomás y Valiente, vilmente asesinado por la banda terrorista ETA, la mañana del 14 de febrero de 1996, mientras trabajaba en su despacho de la Universidad Autónoma de Madrid, del mejor modo que pueden hacerlo los discípulos, *more universitate*, esto es, haciendo fructificar en personales investigaciones iushistóricas las enseñanzas recibidas y leídas, compartidas con otros profesores y estudiosos que no fueron discípulos suyos, o no lo fueron directa, estricta o reconocidamente. De ahí que Salustiano de Dios de Dios, Catedrático, y Javier Infante Miguel-Motta, Profesor Titular, que lo son de primera generación, y, ya en una fecunda *generatio secunda*, Eugenia Torijano Pérez, Profesora Asociada de Historia del Derecho y de las Instituciones, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, aparezcan como responsables trinos en la edición coordinada de las intervenciones habidas en las *Jornadas o Coloquio* que, bajo el mismo título de *El Derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX)*, sirvió para homenajear la memoria de Tomás y Valiente, y que se desarrollaron, en la Universidad salmanticense, entre el 27 y el 29 de octubre de 2003, luego recogidas e impresas, todas ellas, en el presente libro de autoría varia. Que es de recuerdo del maestro arrebatado por la sinrazón hu-

(2) Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *A orillas del Estado*, Madrid, Editorial Taurus, 1996, *Prólogo*, pp. 9-15; la cita, en la p. 9.

mana, política, jurídica, en definitiva — no en vano, en su obra más difundida, por esencialmente escolar, Tomás y Valiente había execrado la violencia, la arbitrariedad, como poderes que *no sólo no necesitan al Derecho, sino que son*, radical, esencialmente *contrarios a él* ⁽³⁾ —, mas, no constituye un libro limitadamente elegíaco. Gracias ello al paso del tiempo, y al propósito manifiesto de sus editores. En la *Presentación* (pp. 11-13), suscrita en el otoño de 2004, los coordinadores justifican el retraso en la organización del concreto homenaje, debido al maestro desde la vieja ciudad de Helmántica, convencidos de que el mejor de todos era *siempre el recuerdo*, como el propio Tomás y Valiente había mantenido en su *Discurso de aceptación del Doctorado Honoris Causa* por la misma Universidad de Salamanca, pronunciado en el mes de marzo de 1995. Un recuerdo que el transcurso de los años permite aquilatar con mayor justicia y más sincera ecuanimidad, dado que ese propósito *manifiesto* de los editores coordinadores ha sido el de agradecer una deuda científica y académica, eso sí, mostrándose « ajenos a idealizaciones, y asumiendo los claroscuros que conlleva toda relación humana », a la vez que reconocer la « fortuna de tenerle como maestro, y, los mayores de entre nosotros, la de convivir con él durante muchos años en aquel entrañable, aunque destartalado, caserón de la Plaza de Anaya » (p. 11). La sinceridad de tal propósito queda avalada, tanto por quedar desterrado de su homenaje, obviamente, lo que de oportunismo y mero compromiso podría haber habido en algunos otros actos celebrados, por toda España, a raíz del mortal atentado, en los meses y años inmediatamente siguientes, como por la cuidadosa preparación de sus respectivas colaboraciones, para el maestro desaparecido, que le dedican los tres directos discípulos que en él participan, Salustiano de Dios, Paz Alonso Romero y Javier Infante.

El que la premura no haya sido rectora despótica del recuerdo, y sí consejera de él la mesura, ha posibilitado que la edición resulte especialmente cuidada, tanto en el fondo, en términos generales, como se verá a continuación, como en la forma: así, la portada, la cubierta y sobrecubierta, con una contraportada que recoge un magnífico retrato al carboncillo de Tomás y Valiente, cedido, para su reproducción, por su viuda, a quien está dedicado, precisamente, este libro *in memoriam*, Carmen Lanuza Sanchís, y llevado a cabo, también en 1996, por el reconocido pintor Antonio López, etc. Por otra parte, por lo que se refiere al contenido, nos hallamos ante una obra bien construida, siendo mérito indudable de sus coordinadores el haber acertado a estructurarla en reposado equilibrio, distribuyéndola en una armónica — por

(3) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, 4ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, reimpresión de 1992 (1ª ed., 1979), cap. I. *Conceptos preliminares*, pp. 23-35, en particular, p. 26.

ajustada a su objeto — tríada material: la *enseñanza del Derecho en Salamanca* (pp. 41-261), primero; los *libros de derecho* (pp. 263-400), después; los *juristas de Salamanca* (pp. 401-715), finalmente. Si se quisiese calificar breve, sumariamente, el libro, y hubiese que hacerlo con un ajustado, sintético, enunciado, podría ser éste el de *curso de un jurista moderno*: el que lo lea, podrá matricularse en la Universidad salmantina de la Edad Moderna (y, en parte, también en la del siglo XX), y asistir a las clases impartidas en su Estudio General, en la Facultad de Leyes, primordialmente; podrá rebuscar, consultar y leer, desde luego, los títulos de las obras jurídicas modernas que se apilaban en los anaqueles de las bibliotecas particulares y universitarias, con acceso, incluso, siempre restringido, a las censuradas; e igualmente acompañar a los juristas, egresados del *Studium Generalis*, al foro, cuando, de teóricos del derecho pasaban a ser sus prácticos, custodios letrados de la praxis consiliar y judicial, ascendiendo desde la más humilde procuraduría del número municipal y la pasantía de un bufete de abogado hasta el estrado o la sala capitular de oficios, reales y eclesiásticos, más reputados, como los catedráticos y consejeros de príncipes, sin olvidar a los legistas poetas (José Cadalso, Juan Meléndez Valdés, Juan Pablo Forner, Nicasio Álvarez Cienfuegos, Manuel José Quintana) de la Salamanca ilustrada, apadrinados por Jovellanos, ni a los reformadores constitucionales (Nicasio Gallego, Muñoz Torrero, Ramón de Salas) e impulsores del proceso codificador. Dentro de cada sección, en esta terna de organización material, su columna vertebral gira en torno a uno o varios artículos, que *articulan*, precisamente por eso, una visión de conjunto, o atañen a una de las cuestiones principales, dentro del objeto histórico de estudio. Así acontece, en la primera de ellas, con María Paz Alonso Romero, cuando aborda el tópico histórico-jurídico de la relación entre el *ius commune* y el derecho patrio en la Universidad de Salamanca en los siglos XVI y XVII; o con Javier Alvarado Planas, en la segunda, cuando profundiza en el sometimiento de las obras jurídicas, no sólo a la ostensible censura inquisitorial, sino también a la mucho más discreta, para historiadores actuales y lectores coetáneos, pero, efectiva y pendiente censura gubernativa; y con Salustiano de Dios, en la tercera, cuando analiza exhaustivamente, *ad exemplum vitae et operis*, a Martín de Azpilcueta y su personal doctrina sobre el poder del príncipe, o con José Luis Bermejo Cabrero cuando ofrece apuntes sobre Diego de Simancas, o cuando hace lo mismo Javier Infante acerca del penalista José Antón Oneca, y, desde una perspectiva coral nominal, Santos Coronas y el mentado grupo de legistas poetas que estudiaron en Salamanca, o, con perspectiva más innominada, Pilar Arregui Zamorano y los procuradores del número salmantino en el Antiguo Régimen.

Queda comprobado cómo el número tres explica el por qué de la trabazón armónica del libro aquí comentado. Mas, no sólo es cuestión

de estructuración de su contenido o de coordinación, ni de tópica espacial, temporal y material, o de convocatoria académica e investigadora de tres generaciones, del maestro fatalmente ausente a los discípulos benemérita­mente memoriados, sino también de reducción a la unidad de cualquiera de tales tríadas. Una unidad que para Francisco Tomás y Valiente fue vivida, entre 1964 y 1980, y protagonizada, por la ciudad de Salamanca, al igual que, para el lector posterior al año de 2004, de su libro de homenaje, lo es la capital del río Tormes de los siglos XVI a XX. En el *Discurso* de marzo de 1995, pronunciado por Tomás y Valiente con ocasión de su mencionada recepción del grado de *Doctor Honoris Causa* por esa misma Universidad a la que, en 1964, había llegado, trasladado, como Catedrático del Historia del Derecho, un fragmento del cual figura, antepuesto por los coordinadores, principiando (p. 11) su *Presentación*, dejó constancia expresa, al igual que en unos apuntes biográficos, o *Autobiografía intelectual y política* escrita en 1990, de su amor a la ciudad de Salamanca, que habría sido el lugar *donde fue feliz*, donde ejerció la docencia, intensificó la investigación, e inició una actividad política más explícitamente exteriorizada, en tiempos todavía de dictadura bajo el régimen del general Franco. Pues bien, esta ciudad, que dio sentido a la trayectoria vital, académica y política de Tomás y Valiente durante aquellos años de la segunda mitad del siglo XX, también proporciona unidad de sentido a la lectura de su póstumo homenaje. De Salamanca es la primera Universidad Hispánica, que, junto con las de Bolonia, Oxford y La Sorbona parisina, constituyeron el reducido elenco de los Estudios Generales del orbe cristiano, y a cuyas Facultades de Leyes y Cánones acudían estudiantes de toda Europa, para recibir enseñanzas de Derecho civil y canónico. Más que a ninguna otra de las hispanas, cabe atribuirle la consagrada, y eterna, definición de *Estudio* en las *Partidas* (II, 31, 1), como « ayuntamiento de maestros e de escolares que es fecho en algún lugar, con voluntad e entendimiento de aprender los saberes ». Existente ya antes de 1229, en el reinado de Alfonso IX de León, y confirmados sus privilegios escolares y jurisdiccionales por Fernando III, fue, precisamente, Alfonso X *el Sabio* quien, en una carta regia de 9-XI-1252, dirigida al concejo de Salamanca, ordenó que le fuesen guardados sus privilegios, otorgados por su padre y por su abuelo. En sus aulas, pronto comenzó a ser difundido el *ius commune*, pero, no sólo sus cánones y leyes romanas, tanto en su versión *more italico*, como desde la nueva visión del humanismo jurídico, como ha puesto de relieve Paz Alonso, sino también derecho patrio, nacional o castellano. Y el modelo de jurista era el genéricamente trazado por Ulpiano en el *Digesto* (1, 1, 10, 1 y 2), que, indudablemente, quedaría impreso en la mente de los alumnos de la primera Universidad castellana, al poco de iniciar ellos sus estudios, desde la *Instituta* justiniana, informando, ideal y primerizamente, a sucesivas y múltiples generaciones de

juristas hispanos: la de cultores, en definición igualmente famosa, de la *Iurisprudentia* como *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*; y observantes, aún ingenuos y virginales, hasta que la praxis del foro hiciese perder la venerable inocencia de muchos, o de algunos, de los célebres y basilares *tria iuris praecepta*, del *honeste vivere, alterum non laedere* y *suum cuique tribuere*. Unos preceptos, romanos interpretados por glosadores y comentaristas, eclesiásticos por exégesis de canonistas, reales por imposición de consejeros y letrados áulicos, que se aprendían en libros, manuscritos primero al hilo del dictado de los profesores y también copiados a mano por estudiantes pobres, entre otros copistas que de ello querían, o podían, hacer cierto negocio. Pero, unos libros que encerraban un saber predominantemente oral, eco escrito de las *lectiones* que reverberaban en las paredes de las aulas escolares salmantinas. Y en los que las disputas de bachilleres, licenciados y doctores no constituían letra muerta, sino derecho vivo, e interpretación vivificadora. Sólo así se explica que Sebastián de Covarrubias, capellán de Felipe III, maestrescuela y canónigo de la iglesia catedral de Cuenca, y consultor del Santo Oficio de la Inquisición, en su *Tesoro de la Lengua Castellana*, impreso en 1611, introdujese entre las acepciones del término *libro*, utensilio por excelencia del saber jurídico, la expresión *Hazer libro nuevo, rematar cuentas passadas*. A la que el *Diccionario de Autoridades*, ya en el siglo XVIII, añadió otra, bien pertinente para cualquier alumno que pretendiese ingresar en el *Alma Mater Studiensis*, que recordaba que — en la ribera del Tormes, tampoco —, *libro cerrado no saca letrado*, dado que, *Non libris, librorum usu sit doctior omnis* (4).

I. Preceden a esa triple ordenación material onomástica (docencia, literatura, praxis jurídica, en, por, desde, Salamanca y su Universidad) dos obligados recuerdos — también recordatorios, a medida que el tiempo nos aleja, o nosotros nos alejamos en él, de la figura invocada, y evocada —; unos recuerdos biográficos centrados en los aspectos esenciales de la personalidad, la trayectoria académica e investigadora, y la obra científica, así como su proyección pública, política, de

(4) S. de COVARRUBIAS, *Tesoro de la Lengua Castellana o Española*, ed. facsimilar de Martín de Riquer, Barcelona, Editorial Alta Fulla, 2003 (1ª ed., Madrid, Imprenta de Luis Sánchez, 1611; 1ª ed. facsimilar de M. de Riquer, Barcelona, Joaquín Horta Impresor, 1943), p. 765, *sub voce*; y *Diccionario de la Lengua Castellana, en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad, con las frases ó modos de hablar, los proverbios ó refranes, y otras cosas convenientes al uso de la lengua, dedicado al Rey Nuestro Señor Don Phelipe V (que Dios guarde), a cuyas Reales expensas se hace esta obra, compuesto por la Real Academia Española [Diccionario de Autoridades]*, 6 tomos, Madrid, Imprenta de los Herederos de Francisco del Hierro, 1726-1739 (ed. facsimilar en tres volúmenes, Madrid, Editorial Gredos, 1990), t. IV, p. 400, s.v.

Francisco Tomás y Valiente. El primero de ellos, el único de tal entidad y ambición interpretativas, que explica su inserción como frontispicio del libro por parte de sus coordinadores, lo constituye la personal y emotiva oración inaugural del *Coloquio* que ha originado aquél, y que corrió a cargo, el 27 de octubre de 2003, de Bartolomé Clavero, Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla, muy unido a Tomás y Valiente en los últimos años de su vida, que dedica la versión escrita de dicha disertación de apertura, así mismo, a su viuda: *A Carmen*. Hasta el punto de ser él el encargado de rescatar, con la autorización familiar, los materiales hallados en su taller de investigador, que formaban parte de una futura y truncada *Historia Constitucional de España*, sobre el proceso de formación histórica del Estado como Estado de Derecho⁽⁵⁾, que — cruel paradoja —, segaron las balas disparadas por ciudadanos integrantes, beneficiarios de, y amparados por, un Estado de Derecho, garantista de unos derechos y libertades que ellos niegan a otros, y negaban en 1996, asesinando, por ejemplo, a un ex Presidente del Tribunal Constitucional del Reino de España. Sin el carácter formal de oración de clausura, puesto que carece de tal, el 29 de octubre de 2003, pronunció unas palabras de recuerdo quien había sido compañero de claustro suyo, en la Salamanca de los años sesenta y setenta del siglo XX, José Delgado Pinto, Catedrático de Filosofía del Derecho de su Universidad, bajo el título de *Francisco Tomás y Valiente, profesor y compañero en la Universidad de Salamanca* (pp. 705-715). De ellas me ocuparé ahora, para detenerme, a continuación, en la enjundiosa interpretación analítica de Bartolomé Clavero, que proporciona originales y personales claves para comprender, desde su punto de vista, la vida y la obra de Tomás y Valiente. También con meditado acierto, los coordinadores del homenaje han preferido no separar la evocación, publicada en su primigenia forma de intervención oral, de Delgado Pinto, no sólo por carecer de categoría equiparable a la elocuente disertación de inauguración, sino también para incluir (algo pirandellianamente, los actores del teatro del Derecho como protagonistas de la representación histórica del Derecho) a Tomás y Valiente en la relación de juristas adoptivamente salmantinos: Azpilcueta, Simancas, Meléndez Valdés, Salas, Antón Oneca, Valiente...

En su remembranza de la Facultad salmantina de principios de la segunda mitad del siglo XX, José Delgado Pinto proporciona los nombres de aquellos compañeros que, junto con Tomás y Valiente, conformaron la que, tanto éste como aquél, han calificado como la *mejor* Facultad de Derecho española de su época: Gloria Begué, también nombrada magistrada del Tribunal Constitucional en 1980, Catedrática de

(5) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Constitución: escritos de introducción histórica*, prólogo de Bartolomé Clavero, Madrid, Marcial Pons Ediciones, 1996.

Hacienda Pública; Pablo Beltrán de Heredia, en Derecho Civil; Justino Duque y A. Bercovitz, en Derecho Mercantil; Lorenzo Martín Retortillo, en Derecho Administrativo; J. Vida Soria, en Derecho del Trabajo. La docencia se benefició de la dedicación académica de vocaciones primigeniamente universitarias, preocupadas por actualizar los programas de sus respectivas disciplinas, introducir nuevos métodos de explicación mediante clases prácticas, o complementar las magistrales o teóricas con otras formas de impartición de las enseñanzas, como la celebración de seminarios, la organización de ciclos de conferencias sobre temas multidisciplinares, la participación en congresos, o la dirección de tesis doctorales. Desde este cotidiano, casi doméstico, punto de vista que nos brinda Delgado Pinto, se reconstruye la jornada de trabajo habitual en todo profesor universitario, pero, distinguiendo también lo peculiar que despuntaba en la personalidad, y el carácter, de Tomás y Valiente. Se delinea, de este modo, el perfil de un profesor que rechazaba la improvisación en las clases, gustando de su preparación concienzuda, ajustada al programa de la asignatura; que hacía uso, en la clase, en una conferencia o en el claustro, de sus cualidades de gran orador, dotado de un amplio dominio de los resortes del lenguaje y de la retórica, cuya seguridad en sí mismo hacía brillar, fruto de una poderosa inteligencia, una vasta cultura, y un talante entusiasta, optimista, « extrovertido, típicamente mediterráneo » (p. 710); que poseía dos convicciones básicas, orientadoras de su esfuerzo investigador, como eran la conveniencia de conectar el rigor en el estudio del pasado con las preocupaciones del presente, y la de que la teoría y la práctica del derecho, de y en los juristas, no podían ser entendidas como un mundo cerrado, autosuficiente, sino como una actividad social influida por las relaciones económicas, las estructuras del poder político, las convenciones morales dominantes, etc. El resultado de tal simbiosis, durante dieciséis años, entre 1964 y 1980, entre docencia e investigación, fue la publicación de su *Manual de Historia del Derecho Español*, en 1979; y la dirección de múltiples tesis doctorales, entre 1969 y 1982, un semillero del que procederían varios profesores y catedráticos universitarios que permitirían que se alzase a la categoría de maestro: Benjamín González Alonso, Inmaculada Rodríguez Flores, Alicia Fiestas Loza, Salustiano de Dios, Paz Alonso Romero, Javier Infante. Ya con posterioridad, destinado en el Tribunal Constitucional y trasladada su cátedra a la Universidad Autónoma de Madrid, contaría Tomás y Valiente con algún discípulo más, entre los que sobresaldría Marta Lorente Sariñena. No olvida Delgado Pinto, por último, la semblanza del compañero añorado en su participación en las tareas de gobierno académico, como vicedecano entre 1967 y 1971, ni el expediente disciplinario que le fue incoado por firmar una carta, con otros veintinueve catedráticos de otras Facultades, que se publicó en el diario *El Adelanto* de 27-X-1973, criticando algunos aspectos de la errática

política del entonces ministro de Educación, Julio Rodríguez Martínez, y que le sepusieron traslados reiterados a Madrid para ser interrogado en el procedimiento de inspección que se le siguió, no siendo sobreseído hasta después del asesinato del almirante Carrero Blanco, en diciembre de ese mismo año de 1973.

A diferencia de José Delgado Pinto, no emplea Bartolomé Clavero, por lo general, ni sistemáticamente, los recuerdos personales en su interpretación de *Tomás y Valiente, jurista en tiempos de tribulación y transición* (pp. 14-39), cuya redacción ultimó, significativamente, en Sevilla, el 14 de febrero de 2004. Ya en su *Prólogo a una obra incompleta*, de 1996, en su honorable tarea de albacea intelectual para la recopilación de los materiales inéditos de su trunca *Historia constitucional*, que planeaba trazar y redactar tras su retorno a la cátedra universitaria, en 1992, una vez que dejó la presidencia del Tribunal Constitucional, Clavero, autor, por lo demás, de una personal, particular y propia biografía intelectual de Tomás y Valiente⁽⁶⁾, hacía un llamamiento para prestarle « tiempo y voz, reflexión y determinación, la inteligencia silenciosa de la lectura y la convivencia solidaria del diálogo », a fin de que su asesinato no supusiese « su enmudecimiento, que su memoria no resulte la coartada de nuestro olvido »⁽⁷⁾. Desde tal determinación esta escrita la *oratio* inaugural y póstuma que nos atañe. No faltan las referencias biográficas, presupuestas o explícitas, bien conocidas⁽⁸⁾, pero, son dispuestas por Clavero, que le conoció en

(6) B. CLAVERO, *Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*, Milán, Giuffrè Editore y Università di Firenze, Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 1996, que publica la hasta entonces inédita *Autobiografía intelectual y política* de Francisco Tomás y Valiente, redactada en 1990, a la que se ha aludido en el texto, más arriba, en sus pp. 345-357.

(7) B. CLAVERO, *Prólogo a una obra incompleta*, en F. TOMÁS Y VALIENTE, *Constitución: escritos de introducción histórica*, cit., pp. 9-28; las citas, en la p. 9.

(8) Que cabe recordar, aunque sea resumidamente. Francisco Tomás y Valiente (Valencia, 8-XII-1932-Madrid, 14-II-1996) cursó sus estudios de la licenciatura en Derecho por la Universidad valenciana, donde fue alumno de José María Font Rius, con posterioridad, Catedrático de Historia del Derecho en la Universidad Central de Barcelona. Dirigió su tesis de doctorado Víctor Fairén Guillén, Catedrático de Derecho Procesal, siendo publicada, en 1960, en la « Revista de Derecho Procesal », bajo el título de *Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio*. Su formación como profesor e investigador de la Historia jurídica española transcurrió, pues, entre la Universidad de Valencia, y, de 1962 a 1964, en la entonces única Universidad (luego, Complutense) de Madrid, siendo también maestros suyos, sucesivamente, Juan García González y Alfonso García-Gallo, Catedráticos de Historia del Derecho, respectivamente, de las Universidades valentina y madrileña, en las que también Tomás y Valiente ejercería, en am-

la primera década de los setenta, para rastrear los orígenes de lo que estima como una pronunciada *sensibilidad* constitucional de Tomás y Valiente en tiempos que no eran constitucionales, como los de la Es-

bas, como Profesor Adjunto, obteniendo la cátedra de la disciplina en 1964, en la Universidad de La Laguna. En los meses finales de ese mismo año de 1964 se incorporó, en virtud de concurso de traslado, a la Universidad de Salamanca, donde permanecería, como es sabido, hasta 1980, en que fue nombrado, por propuesta parlamentaria, magistrado del Tribunal Constitucional, y, simultáneamente, en virtud de otro concurso de traslado, pasó a incorporarse a la Universidad Autónoma de Madrid. Se hizo cargo, en 1981, de la dirección de la colección de *Clásicos del Constitucionalismo Español*, editada por el Centro de Estudios Constitucionales. Elegido presidente del Tribunal Constitucional en 1986, y reelegido en 1989, este último año también fue electo académico de número de la Real Academia de la Historia. En julio de 1992 se cumplió el término, previsto constitucionalmente, de mandato como magistrado y presidente del Tribunal Constitucional (artículos 159 y 160 de la Constitución española de 1978), por lo que se reincorporó a su cátedra de Historia del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid. Nombrado director del « Anuario de Historia del Derecho Español » en 1993, en el mes de marzo de este último año le fue conferido el *Doctorado Honoris Causa* en Ciencias Políticas por la Universidad de Mesina (Italia), y, dos años después, en marzo de 1995, en Derecho por la Universidad de Salamanca. Consejero, primero electivo, del Consejo de Estado, en enero de 1996, fue nombrado consejero permanente. Más datos pueden ser extraídos del *Homenaje* que le tributó el « Anuario de Historia del Derecho Español », 67, 1997, en dos volúmenes; y, también, del *Atto di Conferimento della "Laurea Honoris Causa" in Scienze Politiche a Francisco Tomás y Valiente*, en A. Romano (ed.), *Enunciazione e Giustiziabilità dei Diritti Fondamentali nelle Carte Costituzionali Europee. Profili storici e comparatistici. Atti di un Convegno in onore di Francisco Tomás y Valiente (Messina, 15-16 Marzo 1993)*, Milán, Giuffrè, 1994, pp. 253-290. Con mención, tan sólo, en aras de la brevedad, de sus libros, más alguna otra monografía de carácter general, cabe recordar los siguientes: *Los Validos de la Monarquía española del siglo XVII. (Estudio institucional)*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963 (2ª y 3ª ed., Madrid, Siglo XXI Editores, 1982 y 1990); *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Editorial Tecnos, 1969 (2ª ed., Madrid, 1992); *El marco político de la desamortización en España*, Barcelona, Editorial Ariel, 1971 (reeditado en 1972, 1977, 1983 y 1989); *La venta de oficios en Indias (1492-1606)*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1972 (2ª ed., Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1982); *La tortura en España. Estudios históricos*, Barcelona, Ariel, 1973 (2ª ed. aumentada, bajo el título de *La tortura en España*, Barcelona, 1994); *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, Alianza Editorial, 1982; *El Gobierno de la Monarquía y la Administración de los Reinos en la España del siglo XVII*, en *Historia de España de Ramón Menéndez Pidal*, t. XXV. *La España de Felipe IV*, Madrid, Editorial Espasa-Calpe, 1982, pp. 1-214, además del *Prólogo* de dicho t. XXV, pp. XI-XLVIII; *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1988; *El pensamiento jurídico*, en Artola, Miguel

paña de Franco de los años cincuenta, sesenta, y también setenta, del novecientos, y en relación con bastantes de sus colegas juristas universitarios. Repara Clavero, para ello, en una desconocida faceta del futuro presidente del Tribunal Constitucional español, la de escritor, narrador y cuentista, que, en 1952, cuando todavía era un joven estudiante de Derecho en la Universidad de Valencia, publicó un relato, su *opus primum*, titulado *Tiempo y adolescencia*, seguido de otro sobre la felicidad sexual de un discapacitado mental. El primero es el que ahora importa, ya que, definiendo Clavero el valor del derecho como « valor de la libertad en el tiempo » (p. 18), vincularía las juveniles inquietudes literarias del aprendiz de jurista que era Tomás y Valiente, en 1952, con su concepción del Derecho, la Constitución y el Constitucionalismo desde 1980, hasta hallar expresión cimera, bien que irremediablemente quebrantada, en sus escritos postreros del decenio de los noventa. Una fábula moral era la que contenía *Tiempo y adolescencia*, cuyo protagonista, que nada desaconseja, todo lo contrario, identificar con su autor, es un adolescente mediterráneo, de catorce años. La pobreza paterna obliga a que se le envíe con familiares castellanos de una ciudad del interior, para que aprenda, como monaguillo, una profesión de provecho, la de sacristán. Pero, el adolescente se ahoga en la ciudad mesetaria y amurallada, en el bosque de sus iglesias, capillas y conventos, carentes de huertas, jardines, y, sobre todo, de mar. El aburrimiento, la melancolía, terminan por taladrar su espíritu, que ya era el de un competente monaguillo, hasta que un día, de madrugada, parte sin rumbo fijo, traspasa las murallas de la ciudad, corre por el campo, se libera de la negra sotana, y, con infinito regocijo, retorna al mar Mediterráneo y a su familia, sin consultar a nadie, con plena y libre determinación. Subraya Clavero que este cuento de Tomás y Valiente, de 1952, estaba *fuera* del tiempo — se sobrentiende, social, político, jurídico —, de su época, o, dicho de otro modo, se adelantaba al mismo, ya que la Organización de las Naciones Unidas no proclamaría la *Declaración de los Derechos del Niño*, incluidos los de los adolescentes, hasta 1959, eso sí, todavía no siendo estimados como sujetos de libertades, sino como objetos de protección y de educación para

(dir.), *Enciclopedia de Historia de España*, vol. III. *Iglesia. Pensamiento. Cultura*, Madrid, Alianza, 1988, pp. 327-408; *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Madrid, Alianza, 1989; *Martínez Marina, historiador del Derecho*, Madrid, Real Academia de la Historia, 1991; *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; *Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución*, en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 65 (1995), pp. 13-125; y, la ya citada edición póstuma, preparada y prologada por Bartolomé Clavero, de *Constitución: escritos de introducción histórica*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

una futura libertad emancipada. Y no fue hasta la posterior *Convención de los Derechos del Niño*, de 1989, cuando a niños y adolescentes, menores de edad, les fueron reconocidas las mismas libertades presentes que a los adultos, en ejercicio creciente de acuerdo con el desarrollo progresivo de su capacidad de obrar. Un cuarto de siglo más tarde, la defensa de los derechos de niños y adolescentes (como sus hijos, Ana, Miguel, Quico, Pípa), por parte de Tomás y Valiente, ya no sería literaria, sino jurídica, constitucional. Con ocasión de un ciclo de conferencias auspiciado por la Universidad de Salamanca, en 1979, tuvo ocasión de disertar sobre *El niño visto por el Derecho*, lo que le permitió criticar el vetusto régimen discriminatorio de filiación, legítima matrimonial y extramatrimonial, del Código Civil de 1889, que chocaba frontalmente con la Constitución de 1978, entonces recientemente promulgada. Desde febrero de 1980 hasta 1986 como magistrado, y, desde 1986 hasta julio de 1992 como presidente del Tribunal Constitucional (elegido por mayoría el primer trienio, y por unanimidad el segundo), correspondió a Tomás y Valiente la ardua, delicada y compleja tarea de construir la jurisprudencia constitucional, su doctrina naciente, en la que defendería, desde el principio, la tesis de interpretar las leyes preconstitucionales con arreglo a la Constitución vigente, y no la más acomodaticia o conservadora de interpretar la segunda con arreglo a las primeras vigentes. Sostiene Clavero que Tomás y Valiente se reconocía, en términos políticos, como un socialista democrático, aunque con más « fuerte acento en lo segundo, en el adjetivo de democracia que en el sustantivo de socialismo » (p. 26). Consecuencia de lo cual sería, pues, su proclividad, como investigador histórico-jurídico, a postular y practicar un presentismo *controlado*, nada *reductivo*.

Desemboca Bartolomé Clavero en el trazado del perfil que más le interesa destacar en la trayectoria académica, investigadora y política, a la par que vocacional, de Tomás y Valiente como constitucionalista *avant la lettre*, en la España franquista por descontado, tempranamente preocupado por la siempre difícil conjunción de los derechos a las libertades individuales con los poderes públicos del Estado. La conclusión es clara. Como iushistoriador y como magistrado constitucional, Francisco Tomás y Valiente no concebía que fuese posible la libertad individual, tampoco las colectivas, fuera del Estado, en los márgenes del Estado, ni siquiera en sus riberas. Por eso, indudablemente, cabe añadir por parte de cualquier lector, fue la víctima escogida por los criminales etarras, enemigos del Derecho, y de la Constitución particularmente, de un Estado de Derecho. Por consiguiente, los poderes constitucionales, con su carga de intereses estrictamente públicos, habrían de *constituir* la premisa, antes incluso, y más que la propia garantía, de la libertad misma. En la mañana invernal del infausto 14 de febrero de 1996 no quedó cercenada, pues, lo más trascendente, una

vida humana, sino algo también vital, palpitantemente accesorio: una obra en ciernes, pero, cuyos objetivos estaban ya claramente delineados, y se centraban en el problema histórico del encaje, en extremo delicado y dificultoso, como es comprensible, de las libertades individuales con los poderes públicos, de forma que el segundo, el poder, no termine ahogando a la primera, la libertad. Apunta Clavero que la sangrienta descomposición de Yugoslavia afectó particularmente a Tomás y Valiente, que, por razón de su cargo, formó parte, en 1991 y primera mitad del año 1992, de la *Commission d'Arbitrage de la Conférence pour la Paix en Yugoslavie*, ya que, teniendo que operar, como único instrumento de resolución de los conflictos, con el derecho, terminó sus trabajos con un rotundo fracaso. Que era el del Estado de Derecho, y, por lo tanto, el de cualquier posibilidad de libertad individual o comunitaria. Porque, habiendo adoptado, como principio fundante de su método de jurista, el del derecho como único instrumento de razonamiento y de acción, el pensamiento constitucional, histórico y jurídico-positivo, de Tomás y Valiente partía de, y retornaba a, una misma conclusión: *sin Estado no hay Derecho, ni derechos, sólo hay caos*.

Cuando fue asesinado, se hallaba en imprenta, pendiente de ver la luz pública, una colectánea de artículos periodísticos, casi todos escritos entre marzo de 1993 y diciembre de 1995, más algún otro texto de conferencia, cuyo *Prólogo*, titulado, como la obra conjunta, *A orillas del Estado*, que habría de convertirse, pues, en su testamento político, de jurista e historiador, de ciudadano, en suma, preocupado y ocupado en los asuntos públicos, aparece suscrito, en sus tierras valencianas, mediterráneas, de Alboraya, el 27 de diciembre de 1995. Un repaso de su índice reporta un paseo intelectual por las cuestiones que siempre fueron objeto de reflexión, iushistórica, por parte de Tomás y Valiente, ya haciendo uso de la clave interpretativa del presentismo investigador o no: el poder y su ejercicio, las naciones y la violencia, el uso de los derechos, el poder judicial, la tolerancia, Cataluña como ejemplo..., también el recuerdo de los amigos, entre ellos, Manuel Broseta Pont, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia, *muerto de un tiro en la nuca* por otros terroristas de ETA, en 1995. Pues bien, al frente de dicho *Prólogo*, en el fragmento que he reproducido como segunda cita preliminar de estas líneas, Tomás y Valiente dejó hecha proclamación expresa de su creencia en el Estado, del que todos los ciudadanos *somos y estamos dentro de él*. Porque, sin Estado, sin sus leyes constitucionales, no hay derechos individuales, ni libertades públicas, como dejó concisamente expresado, en idea y palabras, Montesquieu, en 1748, en su *Espíritu de las Leyes*, que no pueden ser otras que las del Estado para sus ciudadanos, correctoras de desigualdades entre sus habitantes, como consta en la primera cita dual que encabeza, igualmente, estos párrafos. Es más, en la *Advertencia del au-*

tor que incluye Montesquieu en el *Espíritu de las Leyes*, a continuación del Prefacio y antes del libro I, intitulado *De las leyes en general*, clarifica el sentido del sustantivo que emplea en su obra, de *virtud* en la república, en términos cuyos ecos se advierten claramente en dicha cita de Tomás y Valiente, que acaba de ser mentada, y entresacada del pórtico mismo de su *A orillas del Estado*: no tratándose, para el pensador ilustrado bordelés, de una virtud moral, ni de una virtud cristiana, sino de la virtud *política*, la define como el *amor a la patria, es decir, el amor a la igualdad*. En sus *Lettres Persanes*, impresas, anónimamente, en Amsterdam, en 1721, había llegado Montesquieu a la conclusión de que las costumbres son más eficaces que las leyes, puesto que hacían mejores ciudadanos que las leyes, pero que, al mismo tiempo, los hombres se cansaban de ser virtuosos, como podía comprobarse, de modo empírico, estudiando su historia. De ahí la necesidad de las leyes, del Estado, y, en su caso concreto, de los veinte años, entre 1728 y 1748, que hubo de emplear para redactar su obra cumbre, *De l'Esprit des Lois*, en la que reflexionaba sobre esas leyes y ese Estado, política y jurídicamente, necesarios. Por otra parte, Montesquieu, en el brevísimo capítulo XX de dicha obra, sencillamente rotulado como *Fin de este libro*, que era el XI, *De las Leyes que dan origen a la libertad política en su relación con la Constitución*, simplemente puntualizaba, aquí, por cierto, y no en otro lugar de las seis partes, treinta y un libros o seiscientos capítulos en que la misma se divide, que no se trataba de agotar la materia, sin que nada le quedase por hacer al lector: *No se trata de hacer leer, sino de hacer pensar*. En fin, quiero destacar que, a mi juicio, acierta originalmente Bartolomé Clavero, como ya he indicado, cuando, al abordar la biografía intelectual de Tomás y Valiente, *le ve*, primero, como literato en ciernes, luego no cumplida tal proyección o vocación de narrador, cierto es, por su dedicación íntegra y absorbente a su vocación de iushistoriador y jurista a lo largo de su vida académica y profesional, mal que segada por mano terrorista en plena madurez, reparando y deteniéndose en ese cuento iniciático, *Tiempo y adolescencia*, de 1952, cuando el joven universitario contaba con veinte años de edad. En este sentido, es interesante recordar que, para comprender mejor el pensamiento teórico de Montesquieu, por ejemplo, resultaría una gran equivocación olvidar, o preterir, su vertiente literaria, su estilo personal y su expresivo lenguaje. Únicamente, de este modo, dejaría de causarnos tanta extrañeza, no sólo la ambigüedad de ciertas ideas suyas, sino también algunas de sus contradicciones. Que se explicarían, no sólo por errores de lógica jurídico-política, sino también por su peculiar enunciado de cómo se podía escribir bien, o escribir mejor, que, a pesar de ser muy celebrado por Stendhal, sin embargo, no era el aserto que sería de esperar de un riguroso, lógico y reflexivo pensador, para el que las ideas intermedias del razonamiento, llámense o no premisas menores, de acuerdo con el pensa-

miento silogístico aristotélico, pueden ser tan — instrumentalmente, y no sólo tal — importantes como las finales o conclusiones, sin que el *miedo a aburrir*, concepto o temor preferentemente estético, pueda cursar con rigor en el campo de la razón lógica, que Montesquieu predicaba para el ámbito de la política: *Pour bien écrire, il faut sauter les idées intermédiaires, assez pour n'être pas ennuyeux; pas trop, de peur de n'être pas entendu.*

II. Cumplido el recorrido, en obligada síntesis, por la biografía intelectual de Francisco Tomás y Valiente, que asume Bartolomé Clavero, centrado particularmente en sus años postsalmantinos, de 1980 a 1996, y en su faceta de jurista e historiador constitucionalista, el resto del libro de su homenaje póstumo devuelve el lector a la ciudad de Salamanca, y a su Universidad en especial, y le retrotrae a los tiempos modernos, a esas centurias del XVI, XVII y XVIII sobre las que construyó su eminente catedrático la mayor parte de su producción histórico-jurídica. A la enseñanza del Derecho en Salamanca consagra María Paz Alonso Romero su extensa aportación, sobre « *Ius commune* » y *Derecho patrio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos. Trayectoria docente y métodos de enseñanza de Antonio Pichardo Vinuesa, Juan de Solórzano Pereira, Francisco Ramos del Manzano y José Fernández de Retes* (pp. 43-148), que no es la primera de una clara y personal línea investigadora en esta materia ⁽⁹⁾. Su largo, en exceso, título, de los que gusta su autora, no hace justicia a la importancia y amplitud de su contenido, puesto que en ella se deshace un *tópico* historiográfico consolidado hasta hace poco en la tradición ius-histórica española: el de que en las Universidades españolas de la Edad Moderna, y, por antonomasia, en las tres grandes de Salamanca, Valla-

⁽⁹⁾ Que incluye, entre otras, las siguientes referencias: M^a. P. ALONSO ROMERO, 'Theoria' y 'praxis' en la enseñanza del Derecho: *Tratados y Prácticas procesales en la Universidad de Salamanca a mediados del siglo XVI*, en el « Anuario de Historia del Derecho Español » (AHDE), 61, 1991, pp. 451-547; ID., *Lectura de Juan Gutiérrez* (c. 1535/1540-1618), *un jurista formado en Salamanca*, en « Initium », 2, 1997, pp. 447-484; ID., *Universidad y sociedad corporativa. Historia del privilegio jurisdiccional del Estudio salmantino*, Madrid, Tecnos, 1997; ID., *Del « amor » a las leyes patrias y su « verdadera inteligencia »: a propósito del trato con el Derecho regio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos*, en AHDE, 67, 1997, vol. I, pp. 529-549; ID., *A propósito de lecturae, quaestiones y repetitiones. Más sobre la enseñanza del Derecho en Salamanca durante los siglos XVI y XVII*, en VV.AA., *Las Universidades Hispánicas. De la Monarquía de los Austrias al centralismo liberal*, 2 vols., Salamanca, Junta de Castilla y León-Universidad de Salamanca, 2000, vol. I, pp. 61-73; e ID., *La Universidad de Salamanca ante la Constitución de Cádiz: actitudes políticas y académicas*, en VV.AA., *Aulas y Saberes. Actas del VI Congreso Internacional de Historia de las Universidades Hispánicas*, 2 vols., Valencia, Universidad de Valencia, 2003, vol. I, pp. 123-139.

dolid y Alcalá de Henares, sólo se enseñaba Derecho romano, lo que tan acerbamente criticarían los ilustrados del siglo XVIII. Con la meticulosidad paciente característica en dicha autora, se prueba, y comprueba, que, por el contrario, al menos en la Universidad salmanticense, sí fue enseñado el Derecho castellano en las centurias del quinientos y del seiscientos. Particularmente, entre 1590 y 1668, año el primero de presentación de Antonio Pichardo Vinuesa a su primera oposición a cátedra, y, el segundo, de cese y sustitución en la suya de José Fernández de Retes, quienes, junto a Juan de Solórzano Pereira y Francisco Ramos del Manzano, configuran el ramillete de selectos juristas y catedráticos de la Universidad castellana con los que, a través de la lectura de una selección de sus obras, manuscritas e impresas, es ejemplificada su tesis (*antí-tesis*, cabría mejor bautizarla) rupturista, impugnadora de lugares comunes tradicionales, por simplemente repetidos y aceptados acríticamente. Es más, lógica, razonada, coherentemente, repara Paz Alonso en lo incongruente de suponer que las Universidades hispanas se mantuvieron, durante siglos, enseñando un derecho anacrónico, caduco, inútil para una práctica jurídica y política que se basaba en otro orden normativo, el real, del que no se proporcionaba apenas noticia a los estudiantes — *una teoría romanista mal adaptada a la práctica hispana* —, al tiempo que se admite como indubitante la función de la Universidad de Salamanca, y de las restantes hispánicas, como seminario de la alta burocracia regia durante esos mismos siglos modernos.

El método de verificación de su hipó-tesis resulta particularmente atractivo e instructivo. Retrotrae Paz Alonso Romero, en el tiempo, al lector, y, transfigurado éste en un estudiante de la Salamanca de la segunda mitad del XVI o de la primera del XVII, le hace asistir, curso tras curso, a las Facultades de Leyes y de Cánones, graduándole de bachiller, licenciado y doctor. Más todavía, le obliga a oír, placenteramente, eso sí, las lecciones de diversos catedráticos de una misma asignatura. Porque había diez de Leyes, cuatro en propiedad (dos de *Prima*, dos de *Vísperas*), que eran provistos a perpetuidad, y sus titulares podían jubilarse a los veinte años de ejercicio, sin merma o pérdida de sus emolumentos; y, seis temporales, menores o cursatorios (uno de *Digesto Viejo*, otro de *Volumen*, dos de *Código*, dos de *Instituta*), que eran nombrados por cuatro años. El procedimiento tradicional de provisión de todas las cátedras, de elección por los estudiantes a través de votación secreta entre los diferentes candidatos, se mantuvo hasta 1623, y, antes de desaparecer definitivamente, entre 1632 y 1641. Las manipulaciones frecuentes en las votaciones estudiantiles que se producían, por sobornos o compra directa de votos, y las graves alteraciones de la vida universitaria que propiciaban, obligaron al Consejo Real de Castilla, en 1623, a ocuparse de la designación de los catedráticos, resolviendo a la vista de los expedientes de los candidatos que

remitía cada Universidad, acompañados de las correspondientes, y respectivas, relaciones de méritos. Tras un paréntesis de retorno a las denostadas votaciones de los estudiantes, de manera ya definitiva, a partir de 1641, el Consejo Real se encargó de la provisión de las vacantes de cátedras. El *cursus* académico solía ser de gradual ascenso de una cátedra a otra: de *Instituta* a *Código*, a *Volumen*, de asistencia no obligatoria, ya que, en ella, se exponían los tres últimos libros del *Codex* justiniano, relativos a las efectivamente anacrónicas materias (privilegios fiscales, tributos, decuriones, colonato, oficios de paz y de guerra, inmunidades) del Derecho público romano; luego, *Digesto Viejo*, *Vísperas* (*Digestum Novum*), y *Prima* (*Digestum Infortiatum*), siendo bautizada esta última, por Ramos del Manzano, de *mayorazgo de las letras de Europa*. Pero, la Universidad de Salamanca, a estos *mayorazgos* de *Prima*, e incluso a *segundones* como Solórzano Pereira, que se quedó en la de *Vísperas*, al ser nombrado oidor de la Audiencia Real de Lima, les deparaba destacados y reputados altos cargos burocráticos, ya desde su salida de ella: a Pichardo Vinuesa, el de oidor de la Real Chancillería de Valladolid; a Ramos del Manzano, el de presidente del Consejo de Milán; a Fernández de Retes, el de fiscal de la Chancillería vallisoletana.

Se exigía en Salamanca, para la obtención del grado de bachiller, la asistencia, durante cinco años, a las lecturas de los catedráticos: en el primero, de *Instituta*, además de un curso en *Prima* o *Vísperas de Cánones*; en el segundo, de *Código*; ya en el tercero, oyendo dos lecciones diarias de *Código*, se podía comenzar a oír el *Digesto*; y, en el cuarto y el quinto, asistir a las lecturas de *Digesto* en algunas de las cátedras en propiedad, dado que el estudiante podía escoger aquella en la que el catedrático resultase más de su agrado. Cursando dos años en *Decretales*, *Sexto* o *Clementinas*, los bachilleres legistas podían graduarse en Cánones, al igual que los canonistas en Leyes, cursando en *Código* y *Digesto*. En sus lecturas *ordinarias*, los catedráticos estaban obligados a desarrollarlas sobre los textos de las diferentes partes, y títulos, del *Corpus* de Justiniano, que señalaban los estatutos universitarios. Las lecturas *extraordinarias* de los títulos restantes corrían a cargo de los pretendientes a cátedras, siendo la asistencia de los estudiantes a ellas totalmente voluntaria. Excepción hecha, por tanto, de la cátedra de *Volumen*, que era la única a la que no resultaba obligatorio asistir, el contenido de las lecturas ordinarias de las restantes cátedras poseía una evidente dimensión práctica para los futuros abogados y jueces: sucesiones, compraventa, hipoteca, prenda, posesión, prescripción, enfiteusis, servidumbres, procesos. Máxime, cuando el objetivo no era el de que los estudiantes memorizaran simplemente los textos de la compilación justiniana, sino, al hilo de la explicación de los mismos, que aquéllos adquiriesen el arte de la argumentación tópica, o lógica jurídica. En última instancia, se procuraba dotar al alumno de un

caudal de argumentos jurídicos, que le resultasen útiles cuando, en el foro, hubiese de emplearlos dialécticamente frente a sus colegas letrados. Porque el grado de bachiller en Leyes se alcanzaba presentando, ante el rector, una certificación, con testigos, de haber asistido continuamente a las lecturas de los catedráticos, por el orden de cursos preceptuado estatutariamente. El de licenciado en Leyes, más que el de doctor, preponderantemente protocolario, y oneroso para el doctorando, reclamaba, en cambio, el esfuerzo suplementario, para el bachiller, de estudiar individualmente, *pasar y repasar*, lo aprendido, profundizando en los conocimientos ya adquiridos, acudiendo a las lecturas extraordinarias, y a las solemnes *relecciones* o *repetitiones* de catedráticos y aspirantes a la licenciatura, amén de los actos de conclusiones o disputas (actos *pro universitate*), en los que intervenían catedráticos, bachilleres, y estudiantes a partir del tercer año de curso. Una disertación de dos horas, en la capilla de Santa Bárbara, junto al claustro de la catedral, ante un tribunal integrado por el cancelario, el padrino y seis catedráticos, sobre un texto del *Código* y otro del *Digesto*, elegidos al azar, comunicados el día anterior al aspirante, que debía contestar, en el acto, a cuantos argumentos y objeciones le planteasen sus examinadores, abría el camino, en caso de éxito, al prestigiado título de grado de licenciado en Leyes.

Como es imaginable suponer, tales lecturas, disputas y relecciones han de constituir unas fuentes de extraordinario valor, si se quiere conocer qué es lo que realmente se enseñaba en la Universidad de la Salamanca *moderna*. Había que consultarlas, desde luego, y perseguir tanto las manuscritas como las impresas, y eso es lo que ha hecho Paz Alonso con los cuatro reputados juristas y catedráticos ya mencionados, ofreciendo al lector la sintética lectura, comentada, de algunas de sus páginas, para introducirle, así, directamente, sin intermediarios, ni intermediaciones distorsionadoras, en el mundo jurídico *moderno*. Es el caso del segoviano Antonio Pichardo Vinuesa, licenciado en Cánones, en 1589, y doctor en Leyes, en 1591, por la Universidad salmantina, y catedrático de *Prima de Leyes* entre 1612 y 1621, que fue un profesor distinguido por la claridad y el orden de exposición de sus lecturas, particularmente con su obra más ambiciosa, los comentarios a los cuatro primeros libros de la *Instituta* de Justiniano, publicados, en Salamanca, entre 1599 y 1620. De su estudio se concluye el gran peso que, en ellos, se concede al Derecho castellano, y su objetivo integrador de los Derechos común y patrio, por lo que cabría calificarlo de precedente de los llamados, más adelante, *institutistas*. Porque Pichardo Vinuesa explicó Derecho castellano a sus alumnos de Salamanca, integrado como *ius proprium* dentro de la cultura del *ius commune* que le servía de fondo, no siendo obstáculo su formación humanista para que su enseñanza resultase eminentemente práctica. Al igual que el madrileño Juan de Solórzano Pereira, licenciado, en 1599, y

doctor en Leyes, en 1608, por la Universidad salmanticense, y catedrático de *Vísperas de Leyes* entre 1607 y 1609, que acabaría siendo nombrado oidor de la Audiencia limeña (1609), fiscal del Consejo de Hacienda (1627), fiscal y consejero de Indias (1628), y consejero honorario de Castilla (1642), y que fue un claro seguidor del humanismo jurídico, dada su preocupación por el contexto de cada caso jurídico planteado, su apoyo en la filología, el gusto por las disquisiciones históricas, la claridad expositiva, su elevado estilo literario y su buen latín, el cuidado en la redacción, su interés por trascender a lo general y por ofrecer definiciones, así como por plantear distinciones o acoger las experiencias jurídicas de otros pueblos. Según se observa en su primera obra editada, en Salamanca, en 1606 — el llamado *libro de oro sobre el parricidio* —, que recogía lo que había sido su *solemnis praelectio* para obtener el grado de licenciado, titulada *Diligens, et accurata de parricidii crimine disputatio*, luego incluida en la edición de sus *Obras posthumas, recopilación de varios tratados, memoriales y papeles, escritos algunos en causas fiscales, y llenos todos de mucha enseñanza, y erudición* (Zaragoza, Imprenta de los herederos de Diego Dormer, 1677). Salmantino, natural de Vitigudino, Francisco Ramos del Manzano, precoz doctor en Leyes, en 1624, por su Universidad, en la que fue discípulo de Pichardo Vinuesa, y catedrático de *Prima de Leyes* entre 1641 y 1645, a la vez que maestro de otros ilustres juristas y catedráticos, como José Fernández de Retes, Lorenzo Matheu y Sanz o Juan Lucas Cortés, fue, por lo demás, otro gran interesado por integrar, en la línea del humanismo jurídico, en sus escritos académicos, el Derecho patrio dentro de sus explicaciones y disquisiciones de jurisconsulto. La presencia de las reflexiones históricas y el interés por fijar la versión auténtica del texto a comentar se halla presente en toda su producción, verbigracia, en sus ambiciosas *Ad leges Juliam et Papiam, et quae ex libris jurisconsultorum fragmenta ad illas inscribuntur, commentarii, et reliquationes*, que tardó más de cuarenta años en elaborar, publicándolas en Madrid, en 1678; constituyéndose el Derecho castellano, incluso, en el centro de su disertación, como en sus *Recitaciones solemnes De privilegii rei rusticae collectanea, sive in pragmaticam eborensem in favorem agriculturalum emissam anno MDCXIX*, que versaban sobre una Real Pragmática de Felipe III, expedida en Évora, de 18-V-1619, por la que ampliaba otra anterior de Felipe II, que había establecido algunos privilegios para los labradores (no ejecución por deudas en los aperos, bestias de arar, sembrados o barbechos; no prisión por deudas, a excepción de las derivadas de delito), que no serían impresas hasta 1753, por Gerard Meerman, en la Haya, en el tomo VII y último de su *Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici*. Por último, el abulense, natural de Hontiveros, José Fernández de Retes, experto en la Antigüedad clásica y que dominaba perfectamente el griego y el latín, bachiller en Cánones, en 1639, y licenciado en Leyes, en 1644, por la Universidad

de Salamanca, donde llegó a ejercer la cátedra de *Prima de Leyes* entre 1665 y 1668, fue un autor muy prolífico, entre otros manuscritos, de tratados *in scriptis* que proporcionaba a sus alumnos oyentes, sobre las enseñanzas que impartía. De algunos de estos tratados académicos ofrece su lectura Paz Alonso, como el que, entre 1656 y 1657, correspondía al título del *Digesto* (45, 1), *De verborum obligationibus*, y que refleja, todavía, el interés de Fernández de Retes por la práctica forense, aunque ya más volcado hacia la enseñanza de un derecho abstracto con pretensiones de universalidad, y de un racionalismo jurídico ínsito en sus evocaciones del Derecho de gentes.

Constatado está que la Universidad de Salamanca desempeñó un primerísimo papel de *criadero* de burócratas regios para la Monarquía Universal española de la Edad Moderna, siendo la promoción a oficios reales, como en los casos de Pichardo, Solórzano, Ramos del Manzano y Fernández de Retes, la causa más frecuente de cátedras vacantes en el Estudio salmantino. No es creíble, desde luego, como apunta Paz Alonso, que fuesen catedráticos, y, luego, fiscales, oidores, consejeros y presidentes, desconocedores del Derecho regio o patrio. Hay, pues, que admitir la competencia profesional efectiva de estos catedráticos de Salamanca para el desempeño de tales oficios reales; y, concordar en que Salamanca, « sin duda, formaba los juristas que convenían a la justicia del rey » (p. 71). Así ha quedado probado, al examinar la obra de los cuatro destacados letrados, que acaban de ser recordados. Pero, además, dicha autora rectifica otro *tópico*, al asegurar, también comprobadamente, que sí es apreciable la impronta del humanismo jurídico (*mos gallicus*) en la Universidad de Salamanca, que, en modo alguno se mantuvo aislada, intelectualmente, del resto de Europa. En definitiva, durante decenios, *mos italicus* y humanismo jurídico coexistieron en una docencia universitaria que integraba rasgos característicos de una y otra corriente doctrinal: no se pierde, de la primera, el método escolástico, ni el esquema de argumentación dialéctica basado en la disputa, ni el enfoque práctico de los estudios, con clara presencia del Derecho patrio (*Partidas*, *Leyes de Toro* de 1505, *Nueva Recopilación* de 1567); y, se incorpora de la segunda, el humanismo jurídico, la preparación y preocupación filológicas, el interés por la utilización de las versiones originales de los textos del *Corpus* justiniano, la devoción por la historia de Roma y por la Antigüedad clásica, la claridad expositiva, la erudición, la tendencia a la abstracción, la manifestación de la opinión personal tras la cita de las ajenas, la perspectiva pedagógica... Ahora bien, precisamente, la derivación de la enseñanza universitaria del derecho hacia el humanismo, hacia el denominado *mos gallicus*, explica su progresiva pérdida de contacto con la práctica del foro, y la escasa atención prestada al estudio del Derecho real castellano, que sería luego tan ácremente criticada, y denunciada, en el siglo XVIII. Otros factores concurrentes apuntados (pp. 67-81), serían

el abandono de la provisión de las cátedras por el sistema de votación de los estudiantes, pasando los nombramientos a depender de las influencias clientelares de la Corte, en torno al Consejo Real de Castilla, lo que facilitó que la rutina, la mediocridad y el alejamiento de la práctica jurídica terminasen por imponerse en las aulas universitarias.

De los estudiantes, ingresados y egresados en los tiempos *modernos* de la Universidad de Salamanca, desde la perspectiva de análisis, estadístico y cuantitativo, de sus trayectorias académicas, y de formación de letrados para los cargos civiles (corregimientos y alcaldías mayores, Reales Audiencias y Consejos, amén de abogacías en villas y ciudades, escribanías y procuradurías) y eclesiásticos (canonjías, dignidades, obispados) de la Monarquía Hispánica, de la llamada Historia *social* de la Administración, se ocupan Luis E. Rodríguez-San Pedro y Juan Luis Polo Rodríguez, en *Los juristas: matrículas, grados y promoción académica en la Universidad de Salamanca, siglos XVI-XVIII* (pp. 209-248). Partiendo del examen directo de las series documentales conservadas en el Archivo Universitario de Salamanca, ambos coautores centran su interés en las oligarquías familiares que basaban su riqueza y prestigio en los estudios jurídicos, proporcionando algunos ejemplos relacionados con la primera Universidad castellana, como los de los Arce de Otalora, los Chumacero o los Ramos Ortiz. En los siglos XVI y XVII, sobre la base de la matrícula de *manteístas* o estudiantes ordinarios (frente a los privilegiados *colegiales*), emerge una Universidad de canonistas, que predominan en las aulas salmantinas, decayendo su número, cada vez menos equilibrado con las restantes Facultades, de Leyes, Artes y Teología, en el XVIII. Obviamente, la de Cánones fue la que mayor número de bachilleres graduó, dado que era cursada mayoritariamente por manteístas, lo que no se equilibrará, en relación a las demás Facultades universitarias, hasta finales del setecientos. En cambio, por lo que se refiere a los grados de doctor y de maestro, eran mayoría los magisterios en Teología, dado el elevado número de religiosos que en ella se matriculaban. En lo que atañe a la provisión de cátedras y a la promoción académica, una extraordinaria importancia revistió, en el reinado de Felipe IV, la Real Provisión (RP) de 26-V-1623, que ordenó la selección de aquéllas por el Consejo Real de Castilla, lo que quedaría ratificado, ya de forma definitiva, por una posterior RP de 11-XII-1641, que desterró, para siempre, el conflictivo sistema de votaciones secretas de los propios estudiantes. A partir de entonces, las oposiciones a cátedra se desarrollaron con toma de *puntos* sobre los textos del *Código* y del *Digesto*, lecciones y ejercicios públicos, como era tradicional, seguido de un informe de la Universidad, dirigido al Consejo Real, con la relación de los méritos de cada candidato opositor adjunta, y la propuesta de provisión al rey, por parte del Consejo de Castilla, con la terna de candidatos, seguida de la consiguiente resolución regia. Los más favorecidos con el nuevo régimen

consiliar de provisión de cátedras fueron los estudiantes colegiales, puesto que sus Colegios Mayores salmantinos (de San Bartolomé, de Cuenca, de San Salvador de Oviedo, y del Arzobispo) pudieron, a partir de entonces, imponer sus influencias ante los Reales Consejos. A ello contribuiría lo que los autores califican de *indefinición* de las Órdenes religiosas (p. 223), que, alegando escrúpulos morales, tendían a retirarse de votaciones conflictivas, dejando el camino expedito a los colegiales, puesto que los regulares contaban con una tercera vía, que era la de la vinculación a sus respectivas Órdenes de cátedras en propiedad, vitalicias, de Teología. De este modo, en el siglo XVIII, los colegiales mayores y los religiosos de las Órdenes regulares consiguieron contar con una preponderante presencia en las cátedras universitarias (en Leyes y Cánones los primeros, en Artes y Teología los segundos), en detrimento de los, muchas veces, más capacitados y meritorios candidatos manteístas, que carecían, empero, de un similar apoyo político y académico, excepción hecha del reinado de Carlos III (1759-1788), en particular.

Decepcionante resulta la contribución de Severiano Hernández Vicente, del Cuerpo Facultativo de Archiveros en el Archivo Universitario salmantino, ya que el título de la misma, *Juristas y estudiantes de Derecho en la Universidad de Salamanca (siglos XV-XVIII)* (pp. 249-261), no se corresponde, en absoluto, con el contenido de la misma, ni, en realidad, con ningún otro contenido verdadera y directamente relacionado con las restantes aportaciones de este libro de homenaje, casi todas ellas más que notables, y algunas, bastantes, sobresalientes, cuando no, otras, decididamente magistrales. Eso es lo que ocurre, cierto es, cuando el autor, como en este caso, no elabora debidamente su colaboración escrita posterior, sino que se limita a entregar una intervención oral que, indudablemente, debió resultar emotiva, e incluso simpática, y, hasta graciosa en aquel momento, pero, que no resiste, como todo lo ligero y de circunstancias, una lectura ulterior y alejada en el tiempo, ni en el espacio, por parte de lectores que no estuvieron presentes en aquel acto académico, ni tienen por qué participar, ni compartir, los vínculos sentimentales y afectivos que ligaron al conferenciante con el homenajeado, o que le siguen ligando con la común Universidad homenajeante. Y ello, aunque el lector, cualquier lector, no pueda por menos de compartir el juicio encomiástico hacia un breve, y tan delicioso como aleccionador, artículo de Jesús Vallejo Fernández de la Reguera, en el que humorísticamente se dejan de manifiesto las consecuencias esperpénticas a las que puede conducir el exceso de celo, y de rigor por agnoscis, en la aplicación de las normas catalográficas, como aconteció con cierto empleado de la Biblioteca Universitaria de Sevilla a la hora de asignar los encabezamientos de autor

a una obra de Alexander Pope ⁽¹⁰⁾. Sin embargo, Hernández Vicente pretende abordar el tema de la falta de una teoría archivística rigurosa para el tratamiento de los fondos documentales — nada que ver, desde luego, con el contenido concreto de su presunto tópico de disertación, enunciado en el título de su ponencia o comunicación, ya aludido —, mas, todo se diluye en una serie de ideas convencionales y hartamente sabidas, y manidas, cuando no en la impugnación de lógicas obviedades, cual la de motejar de *pobre e insostenible tesis* la muy elemental de que la « finalidad de la archivística, y por tanto que la función de los archiveros, es la de permitir encontrar los documentos que demandan los usuarios de los archivos » (pp. 251-252). Afortunadamente, esta primera sección sobre *La Enseñanza del Derecho en Salamanca* puede ser cerrada con Manuel Martínez Neira, a quien le interesa la Universidad salmantina ya en la Edad Contemporánea, concretamente, *La Facultad de Derecho de Salamanca en la posguerra* (pp. 149-207) ⁽¹¹⁾. Sobre la fuente primordial de las actas de la Junta de Facultad, lo que supone, por otra parte, su mayor limitación, se centra su recorrido en el período de apenas veinte años que median entre la Guerra Civil española (1936-1939) y la consolidación del modelo universitario del régimen dictatorial del general Franco, es decir, hasta la implantación de un nuevo *Plan de Estudios*, cual fue el de 1953. A partir de 1936, al situarse Madrid en el bando contendiente republicano, Salamanca pasó a convertirse en el *alma cultural* del bando nacional (p. 180). Desde 1939, con el final de la Guerra Civil, la elaboración por el régimen franquista de la idea de una Universidad *nueva* tomó su retórica de la denominada Universidad *imperial* (de los Reyes Católicos, Carlos V y Felipe II), apareciendo la de Salamanca, de este modo, como el modelo de la nueva ordenación jurídica universitaria. Fue así como emergió una contradicción interna, entre los deseos de ruptura del modelo centralista de Universidad, propio del liberalismo decimonónico, con el fin de recuperar la antañona autonomía disfrutada en el Antiguo Régimen, plasmada en la recuperación de su estética, incluidos sus Colegios Mayores, y la permanencia de una práctica netamente centralizada, evidenciada en la exclusiva colación del grado de doctor por la Universidad Central de Madrid. En 1939, en esa pretendida

⁽¹⁰⁾ J. VALLEJO Y FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, *Ejemplo del catalogador riguroso*, en « Penélope. Revista de História e Ciências Sociais », 25, 2001, pp. 171-174. Manejo separata del autor, a quien, desde aquí, públicamente ahora, agradezco, como siempre, su obsequio.

⁽¹¹⁾ Que hay que poner en relación con un más ambicioso planteamiento de conjunto suyo: M. MARTÍNEZ NEIRA, *El estudio del Derecho. Libros de texto y planes de estudio en la Universidad Contemporánea*, Madrid, Ediciones de la Universidad Carlos III, 2001.

Universidad *nueva*, que tenía que ser modelada sobre la medida, y a semejanza, de la de Salamanca, destaca la presencia, y el protagonismo, de su Catedrático de Historia del Derecho, Manuel Torres López, decano con autoridad reforzada de su Facultad de Derecho, alcalde de Salamanca, jefe del Servicio de Prensa y jefe del Servicio Provincial de Propaganda de Salamanca. Ya en 1953, casi la mitad de los alumnos universitarios salmantinos cursaban en dicha Facultad de Derecho. Tempranamente, sin embargo, los profesores de dicha Facultad mostraron sus preferencias por una Universidad dependiente del Ministerio de Educación, pero, contando con cierta autonomía docente y económica, eso sí, dirigida por el rector. La *Ley sobre Ordenación de la Universidad Española*, de 29-VII-1943, iniciaría el ciclo regulador franquista, centrando las funciones de sus Facultades en la enseñanza, la formación profesional y la investigación. Después, llegaría el *Plan de Estudios* de 1944, cuyo Decreto de 7-VII fijó los de la Licenciatura en Derecho, recogiendo, sólo en parte, las aspiraciones expresadas por la Facultad de Salamanca. No sería hasta el *Plan* de 1953, no obstante, y, en concreto, hasta un Decreto de 6-XI-1953, cuando la Universidad salmantina pudo alcanzar la potestad de conferir el grado de doctor en todas sus Facultades, siendo la primera Universidad de provincias que logró arrebatarse tal privilegio académico a la Universidad de Madrid. Más polémica resultarían, *a posteriori*, algunas de sus decisiones académicas, como la de ofrecer el título de *Doctor Honoris Causa* a Francisco Franco, que lo aceptó, el 14-VII-1947, siéndole finalmente conferido tal grado el 8-V-1954, con ocasión de los actos de celebración del *Séptimo Centenario* de la fundación de la Universidad de Salamanca. Entre los que, por entonces, recibieron idéntica distinción figuraba Hans Kelsen, a quien la Facultad de Derecho propuso en Junta de 13-I-1954. Aceptó Kelsen dicho grado, pero, excusó su asistencia en los términos manifestados en una carta, de 1956, reproducida en el *Apéndice documental* número XII (pp. 206-207).

III. La sección segunda, *Los libros de Derecho*, ofrece, en primer lugar, desde la Biblioteca Nacional de Madrid, por parte de Lorenzo Ruiz Fidalgo, que cuenta con un estudio monográfico propio, y previo, sobre la materia ⁽¹²⁾, en *Las ediciones de obras de Derecho en Salamanca en los siglos XVI y XVII* (pp. 265-309), un cuidado y detallado catálogo de 354 libros jurídicos que, escritos en su mayor parte por autores relacionados con la Universidad salmantina, fueron publicados en las imprentas de la ciudad del Tormes en el quinientos (231 ediciones) y en el seiscientos (123 impresiones). Dicho catálogo, recogido de forma apéndice (pp. 271-302), es acompañado, además, por unos

(12) L. RUIZ FIDALGO, *La Imprenta en Salamanca (1501-1600)*, Madrid, Arco Libros, 1994.

útiles índices alfabéticos de impresores (pp. 303-304) y de autores (pp. 307-309), y por otro de distribución de las ediciones por años (pp. 305-306). Se advierte la pujanza de las imprentas salmantinas, al menos, por lo que se refiere al mundo libresco del derecho, en el siglo XVI, que cuenta con una destacadísima nómina de señeros autores juristas, algunos de ellos, también teólogos, con múltiples ediciones de sus obras: Alfonso de Acevedo (9), Francisco de Avilés, Martín de Azpilcueta, Domingo Báñez, Alfonso de Castro, Diego de Covarrubias y Leyva (36), Antonio Gómez (18), Juan Gutiérrez (12), Gregorio López, Juan López de Palacios Rubios (4), Pedro del Mercado, Antonio Pichardo Vinuesa (12), Diego de Simancas, Domingo de Soto (11), Gonzalo Suárez de Paz, Fernando Vázquez de Menchaca, Gonzalo de Villadiego, Francisco de Vitoria, Juan Yáñez Parladorio. En cambio, en el XVII, las imprentas salmantenses adolecieron de una visible decadencia (cabe citar algunos nombres, como los conocidos de Juan de Solórzano Pereira, Francisco Ramos del Manzano o José Fernández de Retes, además de Francisco Bermúdez de Pedraza, Juan Chumacero Sotomayor, Martín de Larreategui o Jerónimo de Zeballos), frente a la pujanza de las madrileñas, cesando la edición de obras jurídicas, en Salamanca, totalmente, a partir de 1688, coincidiendo con la tendencia generalizada en el negocio librario español de imprimir sólo aquellas obras de interés exclusivamente local, dejando las obras de venta internacional en manos de impresores extranjeros, asentados en Lyon, Venecia o Basilea, ya que resultaba más barato importarlas que hacerlas imprimir dentro de España. A su vez, desde la Biblioteca General Histórica de la Universidad de Salamanca, Margarita Becedas González completa, desde otro punto de vista, la perspectiva anterior, proporcionando con *Los libros de « Ius Hispanum » o « Derecho patrio » en Salamanca entre los siglos XVIII y XIX. Del Plan de 1771 a la Ley Moyano de 1857* (pp. 311-336), una *Relación de obras clasificadas como « Ius Hispanum », ingresadas en la Biblioteca Universitaria de Salamanca entre los siglos XVIII y XIX* (pp. 323-336), que incluye nombres como los de Santos Sánchez, Andrés Díez Navarro, Diego Franco de Villalba, José María Álvarez, José María Antequera, Cesare Beccaria, Antonio Fernández Prieto y Sotelo, Gerhard Ernst Franck von Franckenau, Florencio García Goyena, Pedro Gómez de la Serna, Ignacio Jordán de Asso y del Río, Miguel de Manuel y Rodríguez, Joaquín Francisco Pacheco, Juan Sala Bañuls, Juan Sempere y Guarinos, Antonio de Torres y Velasco, Severo Aguirre, José Febrero, Eugène Lermnier, Sancho Llamas y Molina, Pedro Rodríguez Campomanes o José María Zuaznavar. Porque, en la Biblioteca Universitaria salmantina, reconstruida entre 1749 y 1777, uno de sus primeros bibliotecarios, José Ortiz de la Peña, bachiller en Leyes, se encargó, entre 1772 y 1777, de colocar materialmente sus libros, y de confeccionar su catálogo de materias y su inventario alfabético, distribuyendo en 52 clases

o categorías bibliográficas todos los de la Universidad, que eran, hacia 1776, unos 19.578 volúmenes, más otros 10.000 de los prohibidos y manuscritos, sin contar los 19.354 impresos procedentes de los Colegios Mayores y menores, y de los conventos desamortizados, que no quedarían integrados hasta 1881. De dichas *clases*, cinco fueron creadas, comprendiendo los números 40 a 52, para las *Facultades de Derechos*, civil y canónico: 40. *Ius naturae, gentium, publicum, politicum*; 41-42. *Pragmatici*; 43. *Ius Hispanicum*; 44-46. *Ius Civile*; 47-51. *Ius Canonicum*; y 52. *Concilia et Ius Canonicum*. De este modo, la de *Derecho Hispano*, nacional o patrio, desvinculada y autónoma de los textos romanos y canónicos, fue una categoría bibliográfica surgida en la Biblioteca Universitaria de Salamanca entre 1772 y 1777, y que se subdividía en cuatro secciones: I. *Collectiones Iuris Hispaniae*, comprensiva de los textos legales y de las recopilaciones de todos los Reinos hispanos; II. *Commentatores Iuris Hispanici*, para los comentarios de los juristas a los textos legales; III. *Allegationes variae Iuris Hispanici*, que era la sección más breve, donde se clasificaban los textos relativos a casos jurídicos concretos; y IV. *Scriptores praxis forensis, aliique Iuris Hispanici Illustratores*, para los prácticos del foro.

Sobre el procedimiento y los criterios aplicados por la censura *gubernativa*, que era de carácter previo a la impresión de una obra, y distinta de la censura *inquisitorial*, ejercida con posterioridad a la publicación de la misma ⁽¹³⁾, durante el siglo XVIII, y, más concretamente, sobre la práctica seguida por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en tanto que corporación asesora del Consejo Real de Castilla en el ámbito de la censura de obras expresamente jurídicas, versa la contribución de Javier Alvarado Planas, titulada, en efecto, *El Colegio de Abogados de Madrid como órgano asesor del Consejo de Castilla en materia de censura de obras jurídicas* (pp. 337-381). Que se acredita con la originalidad de haber manejado su autor los expedientes de censura de obras jurídicas que se custodian en el Archivo del Colegio madrileño de Abogados, hasta ahora bastante desconocido, y desapercibido, para las iushistoriografía, que se ha contentado con la consulta de los legajos del Archivo Histórico Nacional de Madrid, pese a que en éstos no se conserva copia de todos los expedientes que obran en el Archivo colegial. Hay que tener en cuenta que, aunque la censura de publicaciones se hallaba reservada, por lo general, al Consejo Real de Castilla, había excepciones, que beneficiaban competencialmente a otras instituciones censoras: al Consejo de Estado, por lo que se refería a los es-

(13) También objeto de atención por parte de J. ALVARADO PLANAS, *Juristas turbadores: la censura inquisitorial a la literatura jurídica y política (siglos XVI y XVII)*, en Javier Alvarado (ed.), *Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen*, vol. I, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 331-385.

critos de historia política, curso marítimo o comentario de tratados internacionales; a la presidencia del Real Tribunal del Protomedicato, las obras médicas; a la Real Academia de la Historia, los libros de historia; a la Junta de Comercio, Moneda y Minas, los impresos sobre el comercio, las fábricas, la moneda, etc.; a la Vicaría Eclesiástica de Madrid, los escritos de contenido religioso; a la Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País, las obras atinentes a la industria, la agricultura, las artes y oficios. Respecto de la censura de libros de derecho, no existía precepto normativo alguno que designase al Colegio de Abogados de Madrid como corporación asesora para tal cometido, pero, lo cierto es que, casi siempre, el Consejo de Castilla recababa su dictamen, aunque, en ocasiones, pudiese encargar las calificaciones a juristas, a título individual, de reconocida competencia o solvencia. En lo que atañe a la incoación y tramitación del expediente de censura, apenas había habido variaciones significativas desde la promulgación, en el reinado de Felipe II, de la Real Pragmática de 7-IX-1558, que permaneció vigente hasta el último tercio del siglo XVIII: el autor estaba obligado a presentar su manuscrito original ante el Consejo de Castilla, en el que, a continuación, el escribano de cámara firmaba en todas las hojas, a fin de imposibilitar adiciones posteriores no autorizadas; remitido el manuscrito a la corporación o a los juristas asesores, si la obra era autorizada por el Consejo Real, el autor podía imprimirla, aunque, antes de distribuirla, estaba obligado a entregar un ejemplar impreso, acompañado del original visado por el escribano de cámara, para que se comprobase la plena concordancia entre el manuscrito autorizado y el libro u opúsculo editado; si al autor le era denegada la licencia de impresión por el Consejo de Castilla, podía aportar alegaciones, al objeto de tratar de conseguir una segunda resolución, favorable. Antes, cuando el expediente había llegado al Colegio de Abogados de Madrid, el trámite de censura corporativa era iniciado por su Junta, que designaba a dos de sus letrados colegiados, para que redactasen la oportuna calificación. Si ambos pareceres se mostraban conformes, la Junta los hacía suyos, y devolvía el expediente censor al Consejo Real; si eran dispares, se solía designar a un tercer colegiado, para que dirimiese, pese a que, igualmente, eran frecuentes los supuestos en los que resolvía la Junta colegial directamente. Aunque Javier Alvarado ha logrado determinar que no existió un modelo o *estilo* para que los censores colegiados redactasen sus dictámenes de censura, ni instrucciones específicas y expresas al respecto, sí ha logrado decantar, del examen de diversos expedientes colegiales, unos *criterios* de censura gubernativa en materia jurídica. Así, ilustrados con el análisis de casos de censura sobre obras concretas, serían los siguientes: 1) de defensa de las regalías o derechos de la corona, y de las leyes del reino, frente a las proposiciones políticas o jurídicas inoportunas, erróneas; 2) de prohibición de publicar obras inútiles, incluidas las útiles cuya reimpre-

sión no estuviese justificada; y 3) de prohibición de obras que contuviesen proposiciones contrarias a las buenas costumbres, al honor de la nación, y a la buena fama de las personas y los oficios. Obviamente, los de *oportunidad, utilidad, buenas costumbres, honor y buena fama* eran conceptos jurídicos indeterminados, nunca criterios objetivos, ni objetivados normativamente, con lo que se conseguía, como es fácil comprender, el principal fin de la censura gubernativa: que fuese lo suficientemente previsible como para que el autor o el impresor supiesen a qué atenerse, y se aplicasen la autocensura a sus posibles actos y decisiones; y, al mismo tiempo, que poseyese la dosis adecuada de indefinición, lo que facultaba al Consejo Real de Castilla para resolver, punir y castigar. En este sentido, por ejemplo, el criterio de *utilidad* amparaba contra el fraude de las publicaciones que no añadían nada significativamente nuevo, original, respecto de otras obras ya impresas — aunque, era admitida la exposición de una misma materia de forma más didáctica —, pero, podía variar, dependiendo de la mayor o menor fama, y prestigio, de los autores, como ocurrió con Ignacio de Asso y Miguel de Manual, y su *Ordenamiento de las Leyes, que don Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año 1348, con notas y un discurso sobre el estado de los judíos en España y el ordenamiento que hizo el rey don Alfonso en razón de las tafurerías*, publicado en 1774.

En el siglo XIX, y también en el XX, el Derecho no sólo circulaba por los libros y expedientes administrativos de censura, sino también, con mayor repercusión todavía, en algunos casos, por la prensa, a través de los periódicos, diarios, semanales, y de otra varia periodicidad. Lo que refleja Mariano Esteban de Vega en *El Derecho y los juristas en la prensa salmantina de los siglos XIX y XX* (pp. 383-400). Porque, sólo en Salamanca, su Biblioteca General universitaria registra, entre sus fondos bibliográficos, para el período comprendido entre 1793 y 1981, nada menos que 467 publicaciones periódicas. En lo que atañe a las de contenido jurídico, el Colegio de Abogados salmantino promovió, al menos, tres de ellas, destacando la que se editó entre el 1-XI-1907 y el 31-XII-1908, con el título de *Derecho. Revista Profesional*, de carácter semanal y 39 números que vieron la luz. De los decanos de dicho Colegio de Abogados, cinco tuvieron una participación relevante en la prensa local de su época, como aconteció con Álvaro Gil Sanz (1813-1891), abogado de prestigio que llegó a ser nombrado fiscal del Tribunal Supremo y presidente de la Audiencia Provincial de Madrid, siendo un relevante diputado del Partido Progresista durante el reinado de Isabel II y la Revolución de 1868, para terminar integrándose, a la postre, en el Partido Liberal fusionista de la Restauración, lo que le permitió obtener los cargos de director general de los Registros Civil, de la Propiedad y del Notariado, y de consejero de Estado. En 1843, fue uno de los redactores de *El Salmantino. Periódico de Cien-*

cias y Literatura; en 1848, participó en *El Correo Salmantino*; desde 1860, en *Adelante. Periódico de ciencias, artes e intereses materiales*; y, entre 1864 y 1865, fue director de la *Revista Contemporánea Salmantina. Estudios de historia, política, literatura e intereses locales*. En las filas del Partido Conservador, cabe mencionar la figura del abogado y diputado Manuel Herrero Sánchez (1835-1894), catedrático de Derecho Procesal en 1883, y decano de la Facultad de Derecho en 1887, redactor de semanarios como *Crónica de Salamanca. Periódico de intereses morales y materiales*. Abundaron, asimismo, las publicaciones *escolares*, y los periódicos y revistas culturales, redactados por catedráticos y estudiantes universitarios. Desde *El Estudiante. Revista científico literaria*, que comenzó a publicarse en 1896, hasta la también bautizada como *El Estudiante. Revista de la Juventud escolar española*, cuyos trece primeros números (de mayo a julio de 1925), en plena Dictadura de Primo de Rivera, fueron editados en Salamanca, y los siguientes (de diciembre de 1925 a mayo de 1926) en Madrid, directamente inspirada por Wenceslao Roces, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad salmanticense, que contó con la colaboración de destacados intelectuales liberales (Adolfo Buylla, Luis de Zulueta, Gregorio Marañón, Americo Castro) y socialistas (Fernando de los Ríos, Rodolfo Llopis, Luis Araquistain), que tomaría como bandera la defensa del desterrado Miguel de Unamuno. Sin olvidar, desde luego, el *Boletín de la Asociación de Antiguos Alumnos y Amigos de la Universidad de Salamanca*, que comenzó a editarse en 1963, a tiempo de recoger, en su número 6, de 15-I-1965, la fotografía de Francisco Tomás y Valiente, « nuevo catedrático de Historia del Derecho de nuestra Universidad » (p. 400, nota núm. 44, *in fine*).

IV. La sección tercera y última, centrada en *Los juristas de Salamanca*, arropa nombres propios y, también, otros estudiados innomíadadamente. A Pilar Arregui Zamorano corresponde una *Aproximación a la Procuraduría del Número de Salamanca en el Antiguo Régimen* (pp. 403-459). No cabe duda de que, en el escenario de representación de la Administración de Justicia en la Edad Moderna, el *personero* o procurador *de causas* era todo menos un personaje de importancia insignificante, máxime cuando la recepción del *ius commune*, y la consiguiente tecnificación del proceso, que hicieron más complejos los trámites procedimentales, le convirtieron en un *actor iuris* de imprescindible presencia. Lo que queda probadamente desvelado con la documentación, del Archivo del Colegio de Procuradores de Salamanca, que la autora ha manejado. Hasta 1562, podía ser procurador, de acuerdo con el tradicional régimen de *numerus apertus*, reflejado en las *Partidas*, III, 5, 5, *todo ome* que reuniese una serie de requisitos mínimos: ser mayor de veinticinco años, y no ser loco, desmemoriado, mudo o sordo, ni estar acusado de algún *gran yerro*. Tachados los procuradores, no obstante, de carecer de letras, habilidad y suficiencia

para el desempeño de su oficio, y de alargar los pleitos para cobrar abusivamente sus derechos, ya en el reinado de los Reyes Católicos fueron aprobadas, en 1495, unas *Ordenanzas de los abogados y procuradores* (*Nueva Recopilación*, II, 24, 1); y, en 1515, como consecuencia de las visitas giradas a las Reales Chancillerías de Granada y de Valladolid, se decidió establecer un *numerus clausus*, que permitiese prevenir, vigilar y castigar dichos abusos, estableciéndose treinta procuradores para la de Valladolid, y veinte para la de Granada. Unas críticas, jurídicas en tanto que legislativas, y políticas (así, en las Cortes de Valladolid de 1551), que, con el transcurso del tiempo, se harían también incrementadamente literarias: desde Fernando de Rojas en *La Celestina* y Mateo Alemán en su *Guzmán de Alfarache*, hasta Sebastián de Horozco en el siglo XVI; Cervantes, Quevedo y Lope de Vega en el XVII, Torres de Villarroel en el XVIII, o Benito Pérez Galdós en el XIX. Fue Felipe II, en 1562, quien, por razones fiscales, dados los ingresos que para la hacienda regia habrían de suponer las ventas de tales oficios, creó e implantó las procuradurías numerarias. Para el municipio de Salamanca, y su cabildo, regimiento y justicia, mediante una Real Cédula, expedida en Madrid, de 8-X-1562, se fijó dicho número cerrado en veinte, valorados en 300 ducados para el otorgamiento de su título de nombramiento, y con capacidad para actuar, indistintamente, ante todas las jurisdicciones activas en Salamanca, que eran cuatro principales: la real, que residía en el corregidor; y tres eclesiásticas, la del provisor del obispado, que era el juez ordinario espiritual en primera instancia; la del juez metropolitano del Arzobispado de Santiago de Compostela, que conocía, en grado de apelación, de los pleitos y causas de los obispados sufragáneos; y la del juez maestraescuela de la Universidad. Una limitación en el número de personeros que perduró, nada menos, que hasta la *Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial* de 1870, pese a que las ciudades nunca se resignaron a ella. Ya en 1566 reclamaron, por primera vez, su extinción, consiguiendo de Felipe II, tras las Cortes de Madrid de 1573, que accediese a la consumición de las procuradurías del número, y a que se retornase a la situación de *numerus apertus* anterior, siempre que, en el plazo de cuatro años, se devolviese el precio de venta. Lo cierto es que la ciudad de Salamanca no llegó a consumir sus procuradurías numerarias, acrecentadas, por el contrario, en 1574 (a 23), y en 1603 (a 26). Eso sí, la limitación en el número conllevó cambios en el oficio de procurador, que pasó a ser de nombramiento real y condición noble — no vil —, enajenable con carácter vitalicio y renunciable, amén de exclusivo y de personal ejercicio. De conformidad con estos requisitos, podía ser procurador todo varón seglar, mayor de edad, que no padeciese menoscabo físico o mental, natural del reino y vecino del lugar de ejercicio del oficio, cuya habilidad y suficiencia para su desempeño constase en el examen que le realizasen las justicias y el regimiento de

la ciudad, pudiendo, voluntariamente, pertenecer a la Cofradía de Procuradores, por ejemplo, de Salamanca, fundada en 1556.

Un nombre propio, de jurista, de canonista de extraordinaria magnitud en el siglo XVI, fue el del *Doctor Navarro*, Martín de Azpilcueta (Barasoain, 13.XII.1492-Roma, 21.VI.1586), de quien se ocupa exhaustivamente Salustiano de Dios, en lo relativo a *La doctrina sobre el poder del príncipe en Martín de Azpilcueta* (pp. 461-565). Y lo hace, en efecto, desde esa trascendente y reveladora perspectiva de su obra, común a los numerosos estudios monográficos de juristas, civilistas y canonistas, que dicho autor, Catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Salamanca, ha venido generando a lo largo de los últimos años, constituyendo ésta, pues, una pieza más en ese logrado, trabado y muy bien trezado mosaico que permite reclamar, a todo lector, coleccionista vario de tales valiosísimas monografías, presentes y futuras, constitutivas ya de una producción de gran volumen, su reunión en un libro, en uno o varios tomos, que podría llevar como título, entre otros, el de *El poder para los juristas hispanos de la Edad Moderna* ⁽¹⁴⁾. Por lo que se refiere a Azpilcueta, de quien se conservan numerosos impresos, reeditados y revisados muchas veces, de forma continuada, lo más significativo es que siempre destacó la primacía de la potestad pontificia sobre la imperial, y, en última instancia, sobre la real, pero, a la vez, manteniendo una indudable contradicción entre sus postulados acerca del origen y la naturaleza de las potestades temporal y espiritual. Porque, en lo relativo a la potestad civil, defendió la teoría ascendente del poder político, o primacía del reino sobre el rey,

(14) Dichas monografías, de temática unitaria, o con ella relacionada, son, sin ánimo de exhaustividad, las que siguen: S. DE DIOS, *El absolutismo regio en Castilla durante el siglo XVI*, en « Ius Fugit », Zaragoza, 5-6 (1996-1997), pp. 53-236; ID., *La doctrina sobre el poder del príncipe en Gregorio López Madera*, en AHDE, 67, 1997, vol. I, pp. 309-330; ID., *La doctrina sobre el poder del príncipe en el doctor Juan Gutiérrez*, en « Salamanca. Revista de Estudios », 39, 1997, pp. 133-183; ID., *El doctor Antonio Pichardo de Vinuesa: vida, obra y doctrina sobre el poder del príncipe*, en « Ius Fugit », 7, 1998, pp. 9-88; ID., *La doctrina sobre el poder del príncipe en el doctor Diego Espino de Cáceres*, en « Salamanca. Revista de Estudios », 42, 1999, pp. 57-81; ID., *La doctrina sobre el poder del príncipe en Bartolomé de Humada Mudarra Mercado*, en AHDE, 69, 1999, pp. 197-236; ID., *La doctrina sobre el poder del príncipe en Alfonso Hojeda de Mendoza*, en « Studia Historica. Historia Moderna », 21, 1999, pp. 241-270; ID., *La doctrina sobre el poder del príncipe en el doctor Juan de Orozco*, en « Ius Fugit », 8-9, 1999-2000, pp. 127-204; ID., *La doctrina sobre el poder del príncipe en Luis de Mexía Ponce de León*, en AHDE, 72, 2002, pp. 9-69; e ID., *Estudio preliminar a Gerónimo de Zevallos, Arte Real para el buen gobierno de los Reyes, y Príncipes, y de sus vassallos* (Toledo, 1623), ed. de S. de Dios, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. IX-CXIII.

ya que, procediendo inmediatamente de Dios, lo era naturalmente, a través de la comunidad o pueblo, que sólo lo concedía *en acto* a sus gobernantes, reservándose lo *en potencia*, y, por tanto, sin transferirlo por completo, de forma que el pueblo podía reasumirlo si los reyes no cumplían con su cometido. Mas, contradictoriamente, tratándose de la potestad eclesiástica, entregada inmediatamente a San Pedro por Jesucristo, a quien sucedían los Romanos Pontífices, duda Azpilcueta, sin atreverse a dilucidar la cuestión del papel de la iglesia o comunidad eclesiástica, entre las posiciones antitéticas de romanos (o italianos) y de franceses, puesto que los primeros predicaban la superioridad del papa sobre el concilio, y, los segundos, la superioridad del concilio sobre el papa. De ahí que Azpilcueta terminase asumiendo una doctrina *possibilista* o de concordia, a este respecto, acerca de los poderes pontificio y regios: tanto papas como reyes estarían desligados o absueltos (*absolutos*) de las leyes humanas, gozando de plenitud de potestad, pero, sólo en cuanto a la *vis coactiva*, no a la moral o *vis directiva*, de haber de actuar con causa, a la que estaban obligados, con la permisividad, cierto es, de que los príncipes, eclesiásticos o seculares, a pesar de su obligación moral, si actuaban *sin causa* contra las leyes humanas (no contra las de Derecho divino y natural), pecaban, mas, era válido el acto, lo que significaba imponer, a la postre, una solución política muy realista.

De familia navarra noble, de vieja prosapia, partidaria de la facción agramontesa, seguidora de Juan de Albret cuando el Reino de Navarra era independiente, el clerigo Martín de Azpilcueta estudió en la Universidad de Alcalá de Henares entre 1509 y 1516, donde se graduó de bachiller en Teología y fue condiscípulo de fray Francisco de Mendaiva, futuro prior de los jerónimos de Salamanca, de Juan Ginés de Sepúlveda y de Alfonso de Castro. Amplió estudios en las Universidades de Toulouse, donde alcanzó los grados de licenciado y de doctor en Derecho canónico, debiendo conocer allí, entre otros maestros, al doctor Jos (Iodoco, Josecino) y a Andrea Alciato; y, de Cahors, de 1516 a 1523. La ausencia de su tierra natal impidió que hubiese de estar presente en la conquista e incorporación de Navarra a la Corona de Castilla, por parte de Fernando *el Católico*, en 1512 y 1515, respectivamente. Ordenado sacerdote en Francia, regresó a Navarra en 1523, donde permaneció, en Roncesvalles, durante un año, que le sirvió para profesar como canónigo regular de la Orden de San Agustín. Se trasladó, luego, a la Universidad de Salamanca, durante cuya estancia, de 1524 a 1538, se licenció y doctoró, de nuevo, en 1532, en Cánones, para así poder opositar a cátedras, obteniendo en propiedad la de *Decreto* en 1533, bajo la cual presenció una de sus lecciones ordinarias de curso el mismo Carlos V, con el que siempre mantendría buenas relaciones; y, la de *Prima de Cánones* en 1537. Compañero de legistas o civilistas tan afamados como Antonio Gómez y Pedro de Peralta, logró

formar Martín de Azpilcueta una escuela de canonistas, de renovadora orientación moral y sentido práctico, que contaría con discípulos tan notables como Diego de Covarrubias, Arias Pinhel o Francisco de Sarmiento; y, con alumnos como Diego Pérez de Salamanca, Luis de Mexía y Diego de Simancas. A petición de Juan III, rey de Portugal y hermano de la emperatriz Isabel, esposa de Carlos V, Azpilcueta hubo de abandonar, en 1538, su cátedra salmantina y trasladarse a la Universidad de Coimbra, hasta 1555. Desde su nueva cátedra de *Prima de Cánones*, contaría con discípulos portugueses tan excelentes como Manuel Costa, y, ya jubilado, provisto con el beneficio de la chantría de la iglesia catedral de Coimbra, al tiempo que ocupaba oficios de inquisidor, comenzó a dar a la imprenta sus obras, luego, póstumamente coleccionadas en sus *Opera*, más los *Consilia*, publicadas en Lyon, en 1589, en tres tomos y dos gruesos volúmenes, además del *Manual de Confesores y Penitentes* (Salamanca, 1553). Vinculado familiarmente con Francisco de Javier, su relación con los jesuitas se hizo muy estrecha en Coimbra, a lo que contribuyó su defensa inquebrantable de la autoridad pontificia, y su mentalidad probabilista y realista. Retornó a España, a Salamanca, en 1555, pero, a partir de entonces, no contaría ya con el apoyo regio, ahora de Felipe II, que impediría su nombramiento como cardenal, a pesar de haberle dedicado su tratado de las rentas de los beneficios eclesiásticos, impreso en Valladolid, en 1566 (luego, vertido al latín, en Roma, en 1568), sobre todo cuando, designado abogado defensor de Bartolomé Carranza de Miranda, consiguió Azpilcueta que el proceso inquisitorial del arzobispo de Toledo saliese de la Inquisición española y fuese a parar ante los tribunales pontificios, en los que esperaba hallar imparcialidad para su patrocinado. Por tal razón, emprendió viaje a Roma, en 1567, y allí moriría en 1586, como consultor de la Sagrada Penitenciaría en la Curia romana, tras haber obtenido, diez años antes, en 1576, que el arzobispo Carranza no fuese condenado expresamente por herejía, pero, tampoco su plena absolución, dada la oposición, y enemistad, de su antiguo alumno, y juez inquisidor, Diego de Simancas, que también se encontraba en Roma. Canonista y teólogo, simultáneamente, Martín de Azpilcueta fue un jurista del *mos italicus*, alejado del humanismo o jurisprudencia culta y elegante, y, ante todo, cabe calificarlo de teólogo moralista, casuístico, probabilista, pragmático, tanto en materia de justo precio, tasa, usura, cambios, como de beneficios eclesiásticos, disputas de cátedras o cuestiones políticas (pp. 483-494). Contrario al empleo de la violencia, y refractario a la mera posibilidad del desorden en el orden político — de ahí que aceptase, lo que es original en su pensamiento, que si el príncipe obraba, como se ha apuntado, contra sus leyes positivas, sin causa para ello, pecaba, pero, su acto era válido, eficaz (pp. 538-539) —, Azpilcueta se caracterizó por defender la superioridad de la potestad eclesiástica sobre la temporal, ya que esta última, la regia,

precisaba de la mediación del pueblo para ser recibida, lo que no ocurría con aquélla, que provenía más inmediatamente de Dios. Y, siempre se mostró muy receloso de la apelación a la *potestas absoluta* por parte del príncipe, no presumiendo nunca que mediaba *justa causa* cuando era invocada. Un jurista, Martín de Azpilcueta, dotado, por lo demás, de un rasgo *moderno* como autor, dada su profunda conciencia de sí mismo, para justificar sus actuaciones y doctrinas en sus obras (pp. 564-565, nota núm. 273), y para excusarse por ellas, en su caso.

Diego de Simancas (Córdoba, 29.I.1513-16.X.1583), alumno en Salamanca, como se ha recordado, de Martín de Azpilcueta, y su encarnizado fiscalizador en Roma, de 1565 a 1568, en el proceso inquisitorial contra el arzobispo de Toledo, Bartolomé de Carranza, en cuyo transcurso hubo de actuar como virrey interino de Nápoles, amén de doctor en Leyes, calificador del Santo Oficio (1545), catedrático en la Universidad de Valladolid y oidor de su Real Chancillería (1548), fue consejero de Inquisición (1559), obispo de Ciudad Rodrigo (1564), obispo de Badajoz (1568) y obispo de Zamora (1578), además de consejero de Estado. De él trata, con la pericia habitual, e informadamente, José Luis Bermejo Cabrero en sus *Apuntamientos sobre la vida y escritos de Diego de Simancas* (pp. 567-587). Fue autor del primer tratado, muy original, sobre el mayorazgo, tras la promulgación de las *Leyes de Toro* de 1505, excepción hecha de una obra perdida de Juan López de Palacios Rubios, y que tituló *De primogenitis Hispaniae, libri quinque* (Salamanca, 1566). En él disertó acerca de asuntos como el papel social de la nobleza, el buen uso de las riquezas, o el valor negativo de la usura. Impugnado su tratado por un afamado mayorazguista, Luis de Molina, hubo Simancas de polemizar con él, dando a la luz pública su *Liber disceptationum in quo de primogenitis Hispaniae ac potissime de illorum publicationem disputantur* (Amberes, 1575), distinguiendo, con agudeza, entre fideicomisos y mayorazgos, y planteándose la posibilidad de que los bienes vinculados pudiesen o no ser confiscados, si mediaba condena por delito en su titular. Por otra parte, Diego de Simancas dio a la estampa, en Valladolid, en 1552, sus *Institutiones Catholicae quibus tractatur quidquid ad precavendas haereses necessarium est*, cuya edición amplió y mejoró posteriormente, en Roma, en 1575, en forma de diccionario, que incluye, en ocasiones, breves monografías específicas, como las de la tortura o los bienes confiscables inquisitorialmente, versando, además, sobre cuestiones como el magisterio del papa, el papel de los concilios, el significado de las Sagradas Escrituras o el simbolismo de las imágenes religiosas, sin olvidar las diferentes fases del proceso inquisitorial (de incoación, prueba, sentencia, apelación). Un resumen o *manual* (*enchiridion*) de las *Institutiones Católicae* fue publicado, aligerando su contenido técnico-jurídico y erudito, como *Theorice et praxis haereseos sive enchiridion iudicum violatae religionis* (Venecia, 1573). Al margen de otros

escritos menores y opúsculos polémicos (*Annotationum in Zanchinum, cum animadversionibus en Campegius*, Venecia, 1573; *De dignitate episcoporum summarium*, Amberes, 1575), la obra más reimpressa de Simancas fueron los nueve libros de su *Collectaneorum de Republica* (Valladolid, 1565; Venecia, 1569; Amberes, 1574; Salamanca, 1582, 1598, 1600), que es algo más que una simple, y amplísima, antología de textos políticos y administrativos, conformada por fragmentos elegidos de diversos autores, distribuidos por títulos, y ordenados temáticamente (la ciudad, la Monarquía, el Reino, el ejercicio del poder político, los magistrados superiores, las leyes), lo que permite a su colector formular principios políticos en los epígrafes, y desplegar las oportunas autoridades al hilo de cada uno de ellos. No se está, por consiguiente, ante la representación clásica, y *tópica*, de la imagen del príncipe cristiano (un *espejo de príncipes*), ya que no le preocupaba tanto a Diego de Simancas la figura del rey como el complejo entramado político-institucional que le rodeaba.

Dando un salto en el tiempo, y en su historia, de la Alta (siglos XVI y XVII) a la Baja Edad Moderna (siglo XVIII), Santos Manuel Coronas González se detiene, no por primera vez⁽¹⁵⁾, en el patronazgo jovellanista, del que es devoto estudioso⁽¹⁶⁾, de la Salamanca dieciochesca, en *Jovellanos y el grupo de legistas-poetas de la Universidad de*

(15) S.M. CORONAS GONZÁLEZ, "Entre Minerva y Temis": magistrados y poetas en la España de la Ilustración, en AHDE, 74, 2004, pp. 59-95.

(16) Como lo demuestran las aportaciones que aquí cabe recordar, a este propósito: S.M. CORONAS GONZÁLEZ, *El marco jurídico de la Ilustración en Asturias*, en AHDE, 59, 1989, pp. 161-204; ID., *Jovellanos, jurista ilustrado*, en AHDE, 66, 1996, pp. 561-613; ID., *Jovellanos ante el Plan de Estudios ovetense de 1774*, en VV.AA., *Doctores y Escolares. Actas del II Congreso Internacional de Historia de las Universidades Hispánicas*, Valencia, Universidad de Valencia, 1998, pp. 93-100; ID., *La recepción del modelo constitucional inglés como defensa de la Constitución histórica propia (1761-1810)*, en Andrea Romano (ed.), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà dell'800*, Milán, 1998, pp. 615-643; ID., *El pensamiento jurídico de la Ilustración en España*, en Tomás de Montagut y Estragués (ed.), *Història del pensament jurídic*, Barcelona, Universidad Pompeu y Fabra, 1999, pp. 153-166; ID., *La literatura jurídica española del siglo XVIII*, en Javier Alvarado Planas (ed.), *Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen*, vol. I, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 527-574; ID., *El pensamiento constitucional de Jovellanos*, en *Historia Constitucional*, 1, 2000, revista electrónica que se consulta a través del hipervínculo <http://constitucion.rediris.es/revista/he/rbc.html>; ID., *Jovellanos. Justicia, Estado y Constitución en la España del Antiguo Régimen*, Gijón, Fundación Foro Jovellanos del Principado de Asturias, 2000, pp. 9-171; e ID., *Constitucionalismo histórico y neoforalismo en la historiografía del siglo XVIII*, en «Notitia Vasconiae. Revista de Derecho Histórico de Vasconia», San Sebastián, 1, 2002, pp. 83-111.

Salamanca (pp. 589-612). El encuentro literario del prócer gijonés (*Jovino*) con los jóvenes estudiantes de Leyes salmantinos, recordado por él, a finales de 1775 o principios de 1776, en su *Historia de Jovino a Mireo*, fue propiciado por un religioso, el agustino fray Miguel Miras (*Mireo*, en efecto, según su común lenguaje poético parnasiano), residente en Sevilla, ciudad en la que Gaspar Melchor de Jovellanos también se hallaba, desde 1768 como alcalde del crimen de su Real Audiencia, y, desde 1774, como oidor de la Audiencia de Grados, al enseñarle el fraile cierta composición lírica. Se trataba de unos *delicados* versos, cuyo autor, hermano de hábito de *Mireo* en Salamanca, era fray Diego González (*Delio*), que constituía la cabeza del movimiento literario que, en dicha Universidad castellana, mediante tertulias mantenidas en su celda, procuraba resucitar el metro, y el buen gusto en la rapsodia, de un fray Luis de León. El vínculo mediador entre Jovellanos y el grupo o *academia* de vates salmantenses habría de serlo José Cadalso (*Dalmiro*), ambos colegiales del Mayor de San Ildefonso en la Universidad de Alcalá de Henares, antes de que *Dalmiro* recalase en la de Salamanca, aglutinando, en torno a él, a tan prometedores e ilusionados *académicos*. Así fue, en fin, como, por medio de su *Epístola primera*, o *Carta de Jovino a sus amigos salmantinos*, de julio de 1776, comenzó a influir en aquellos jóvenes juristas y poetas, encauzando sus inclinaciones festivas hacia más graves, y comprometidas, responsabilidades, de reforma política, económica y educativa en la España del reinado de Carlos III. Porque Jovellanos se sentía tanto escritor como magistrado comprometido con su tiempo, y con la historia de España, en general. Como jurista, en la defensa de la causa de la libertad, ante todo, de la económica y política; luego, de la histórico-jurídica, deducida del estudio de los fueros medievales hispanos, depositarios de una tradición de libertades no contaminada de romanismo o curialismo; después, de la política, centrada en las leyes fundamentales, en la *Constitución* histórica, esencialmente consuetudinaria, de España. Como escritor, Jovellanos exhorta, y amonesta, a sus jóvenes amigos, para que abandonen el cómodo género lírico pastoril, festivo y amoroso, en favor de la épica, filosófica, moral y patriótica, al objeto de procurar, también con ella, el éxito de la deseada reforma de España. El modelo de estos nuevos fines, literarios y letrados, era el mismo Jovellanos, que también había abandonado la poesía clásica, bucólica y anacreóntica, en favor de géneros más instructivos y reformadores, cuales los de la comedia y la tragedia sentimental, política y moral (*Pelayo*, o *El delincuente honrado*, en la que había denunciado la dureza represiva de la ley penal frente a la filosofía humanitaria de la Ilustración), de inspiración francesa. Las respuestas de *Delio*, y de Juan Meléndez Valdés (el *dulce Batilo*), estudiante en la Facultad de Leyes entre 1772 y 1779, doctor en Derecho civil en 1783, catedrático de *Prima de Letras Humanas* desde 1781, alcalde del crimen de la Audiencia de

Zaragoza a partir de 1789, oidor de la Real Chancillería de Valladolid en 1791, y fiscal de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte desde 1797, significaron el inicio de una sostenida correspondencia poética con Jovellanos, y de una fraternal amistad, únicamente interrumpida por la muerte o por la Guerra de la Independencia, en 1808. A la pasión por el nuevo género *sublime* de poesía, el filosófico de inspiración, e instigación, jovellanista, se unirían otros nombres y hombres, de primera o segunda generación literaria: además de Juan Pablo Forner (el *duro y desabrido Aminta*), que cursó discontinuamente Leyes en Salamanca (en 1773-1774 y 1776-1777), para terminar siendo nombrado fiscal del crimen en la Audiencia de Sevilla en 1790, y fiscal del Consejo Real de Castilla desde 1796; los dos principales discípulos de Meléndez Valdés, que fueron Nicasio Álvarez Cienfuegos y Manuel José Quintana, máximos exponentes de la *nueva* o *segunda escuela salmantina*, más « lírica que anacreóntica, más social y patriótica que poética, capaz de enarbolarse, a tono con la revolución en ciernes, la bandera de la libertad mejor que la dulce lira » (p. 611). Porque la herencia de la Universidad de Salamanca anterior a 1789, literaria, jurídica y política, lo fueron las Cortes de Cádiz reunidas desde 1810. Y, su *escuela* de legistas-poetas, más un lazo de unión simbólica, prefigurador de la disgregación simbolizada en la Bayona de 1808 y en el Cádiz de 1812.

A esta misma, llamada también, Escuela *iluminista* salmantina, integrada por estudiantes y profesores universitarios reformistas (Juan María Herrera, Juan Justo García, Toribio Núñez, Prudencio María Pascual, Miguel Martel, el agustino fray Jesús Muñoz Capilla, además de Quintana), perteneció Ramón de Salas y Cortés (1753-c. 1837), estudiante de Derecho civil en su Universidad de 1773 a 1776, donde se doctoró en Leyes, y en la que alcanzó el rectorado en 1778. Para sortear la enemiga de los claustros de Salamanca, Salas obtuvo la cátedra de *Instituciones Civiles* directamente del Consejo Real de Castilla, en 1792, de forma extraordinaria, al no mediar oposición. La labor de difusión del nuevo ideario liberal, y, entre otras iniciativas, el aliento a una política de reforma constitucional a la que contribuyó a desplegar, condujeron a su arresto en 1795, tras la denuncia que contra él formularon cinco profesores teólogos ante el obispo de Salamanca, y gobernador del Consejo de Castilla, Felipe Antonio Fernández Vallejo, y el consiguiente proceso inquisitorial, que alejó a Ramón de Salas, para siempre, de la ciudad del Tormes, siendo exonerado de su cátedra por una Real Orden de 19-IV-1797. Sólo tardíamente llegó a la imprenta la expresión propia de sus ideas liberales y reformistas, en forma de *Leciones de Derecho Público y Constitucional para las Escuelas de España* (2 tomos, Madrid, 1821), que fue el primer tratado de Derecho constitucional español, escrito inmediatamente después de la promulgación de la de Cádiz, que le sirvió de modelo para la explicación de tales lecciones; así como a través de una serie de traducciones y comenta-

rios a las obras de Bentham, Montesquieu y Destutt de Tracy, y Rousseau y Lafontaine, igualmente publicadas durante el Trienio Liberal, y, a modo de coda vital y publicística, en sus *Comentarios al tratado de los Delitos y de las Penas escrito por el Marqués de Beccaria* (Madrid, 1836). Pues bien, a uno de dichos autores traducidos, Jeremy Bentham, y a una de las materias por él tratadas, entre 1789 y 1802, su propuesta de codificación de la legislación civil, ha prestado particular atención Eugenia Torijano en sus *Variaciones salmantinas sobre un tema inglés: la codificación civil según Ramón de Salas a propósito de Jeremy Bentham* (pp. 613-653). Y lo hace, precisamente, a la vista de los comentarios que Salas, después de 1813, elaboró al traducir los *Tratados de la legislación civil y penal, obra extractada de los manuscritos del señor Jeremías Bentham, jurisconsulto inglés, por Esteban Dumont, miembro del Consejo Representativo de Ginebra* (Madrid, 1821). Resume Torijano el estado de la Ilustración jurídica en la España del setecientos en tres fórmulas generales: carencia de una sólida ciencia jurídica que sirviese de base para la elaboración de unos libros de leyes próximos a la idea de código, resistencia y pervivencia todavía de los fueros medievales, y falta de monarcas con voluntad política suficiente para impulsar ambiciosas reformas legislativas (como las de Federico II de Prusia, por ejemplo). Desde luego que hubo precedentes y voces de algunos autores españoles, favorables a la codificación, al criticar el excesivo número de leyes patrias, y su falta de claridad y de sistemática, desde las difusas y lejanas de Melchor de Macanaz, publicadas muy posteriormente (*Auxilios para bien gobernar una Monarquía Católica*, en 1787; *Avisos políticos*, en 1789), hasta las de José Campillo y Cossío (*Lo que hay de más y de menos en España y España despierta*, 1742), Gonzalo de Rioja (*Compendio para la formación de un código*, 1753) o Alonso de Azebedo (*Idea de un nuevo cuerpo legal*, 1770), sin olvidar el polémico *Juicio crítico de la Novísima Recopilación* (Madrid, 1820) de Francisco Martínez Marina. No obstante, enlazando con esta tradición hispana, de carácter crítico, los reformadores como Ramón de Salas, claramente alineado en el positivismo jurídico, modelaron su pensamiento codificador con la ayuda de sus lecturas de autores foráneos, como Muratori, Filangieri, Montesquieu, Rousseau, Beccaria, o Bentham. Frente al protagonismo de la codificación penal en el siglo XIX, observada por Salas y subrayada por Torijano, ambos se decantan, ayer y hoy, por el análisis de las causas de tal subordinación o preterición de la civil. Las dificultades principales eran dos: el concepto de sujeto jurídico, ya que la consideración del individuo como único sujeto del Derecho privado sólo pudo alcanzarse cuando se consolidó el Estado de Derecho liberal, ya bien avanzado el XIX; y la posibilidad de unificar el Derecho civil, frente a los intereses muy variados, sociales, regionales y corporativos, entonces presentes para mantener privilegios históricos, o *forales*, en materia iusprivatista. Por si todo ello

no fuera suficiente, el Derecho penal había contado con el éxito de un filósofo, Beccaria, que había asentado las bases de la codificación criminal; con el interés de muchos monarcas, que veían en ésta un incremento y centralización de sus poderes y facultades; y la circunstancia, legislativa y doctrinal, de que las leyes criminales eran la parte más autónoma respecto del *ius commune*. Ahora bien, aunque Salas siempre defendió la propiedad y la seguridad jurídica para justificar el sentido último de las leyes (p. 632), sin embargo, no aceptó todos los postulados de Bentham, el más popular e influyente *hacedor* de códigos de su época, a la hora de establecer un modelo único, y universal, de proceso codificador. Así, Ramón de Salas nunca admitió la moral como Derecho natural, ni la existencia de leyes inmutables de la naturaleza. Partidario de la *utilidad* benthamiana como principio, único y universal, a su vez, de legislación, para Salas, en cambio, el objeto de la moral sólo podía ser la felicidad pública, no habiendo otra moral que la legislación, de conformidad con sus convicciones positivistas. Como representante que fue del liberalismo *radical*, o primer liberalismo español, Ramón de Salas, que concebía la ley como un atentado contra la libertad, ya que las limitaciones que imponía al individuo sólo se justificaban en aras de la seguridad jurídica, proponía, como segundo objeto de la ley, la igualdad, aunque subordinada a la seguridad y a la propiedad, que eran las bases de la sociedad política. Gran admirador de los códigos franceses, y contrario a una codificación *completa* del derecho, como quería Bentham, en fin, Salas también mostró su desacuerdo con la escasa importancia, y entidad, que el pensador inglés daba a las leyes fundamentales.

Fue Ramón de Salas, desde luego, un sobresaliente jurista salmantino del siglo XIX, y, en general, a las *Élites y juristas en la Salamanca de los siglos XIX y XX* (pp. 655-668) dedica L. Santiago Díez Cano una breve contribución, demasiado alicorta para lo que la envergadura y ambición del tema harían desear, y aconsejar. Ciertamente es que el autor la presenta como una evaluación, a modo de síntesis, del peso o importancia que el *mundo del derecho* tuvo entre las élites salmantinas contemporáneas. Y una evaluación que quiere rendir los resultados de la bibliografía sobre la materia, desde la perspectiva, así manifestada y compartida con otras aportaciones a este libro de homenaje, ya comentadas, de la *Historia social*, en este caso, no de las Universidades en concreto, verbigracia, sino *del poder*. Aunque constata el autor que dicho planteamiento investigador ha intentado pasar, en los últimos años, de la biografía colectiva al microanálisis o análisis microhistórico, en cualquier caso, sus conclusiones, al menos, las así y aquí expresadas, resultan demasiado genéricas, excesivamente *tópicas*, empleando este término en su sentido figurado, y peyorativo: « Hemos constatado la importancia cuantitativa de los juristas en su relación con distintos estratos o partes de la élite salmantina, y de ésta en su conjunto » (pp.

666-667); o « la funcionalidad de la profesión para el ejercicio de la actividad política » (p. 667); o que la « política circula por caminos paralelos a la ley, y tan importante como el conocimiento de los aspectos jurídicos (aunque sea para transgredirlos) es el establecimiento de redes de relaciones que vehiculan los distintos centros de poder a través del mecanismo alegal del favor » (pp. 667-668). Bien es cierto que los (dos) interrogantes de partida se muestran igualmente genéricos, escasamente originales, incluso evanescentes, tal y como son formulados: en primer lugar, si es « posible identificar una presencia cuantitativamente importante de los juristas... dentro de la élite salmantina »; y, en segundo lugar, « ¿qué importancia tiene, realmente, esa formación jurídica o ese ejercicio profesional para posibilitar el acceso o el mantenimiento dentro de esa élite? » (p. 658). Se lamenta Díez Cano de la falta de estudios prosopográficos sobre la materia, al no haber sido identificados, aún, los protagonistas de tal biografía colectiva; o de la carencia de archivos familiares, que permitiesen conocer los rendimientos económicos y sociales, también políticos, del ejercicio de la profesión, de mantener abierto y activo un *bufete* de prestigio en la España del ochocientos y del novecientos. Más fructífera, atrayente y precisa, por concreta y ejemplar, y dinámica, frente a lo estático de las grandes cifras, los porcentajes y las estadísticas, sin duda, necesarios para la investigación histórica, pero, instrumentalmente, no con carácter final y exclusivo, *in se* y *per se*, se muestra otra línea de indagación a la que también hace referencia dicho autor: la de constatar la « presencia relevante del mundo del derecho en organismos más relacionados con el poder local, como son la Diputación o los Ayuntamientos » (p. 664). Eso sí, cabría añadir que, incidiendo, como se ha indicado, no en la faceta meramente cuantitativa o estática, sino en la dinámica de la concreta actividad desplegada por dichos juristas, diferenciada entre sí en forma de grupos, no necesariamente identificados con concretas opciones partidarias o partidistas, de acuerdo con sus convicciones políticas, intereses económicos y procedencias sociales, en el seno de los mentados, y de otros más, centros institucionales de poder, en la España, y la Salamanca, de los siglos XIX y XX.

Por fortuna, el libro de homenaje póstumo a Francisco Tomás y Valiente que nos atañe concluye, al margen del epílogo u oración de clausura (pp. 705-715), del que ya se ha dado cuenta, de José Delgado Pinto, con una estimulante semblanza biográfica, en lo personal y en lo profesional, de *José Antón Oneca (Madrid, 1897-Madrid, 1981) y su aportación a la historia del Derecho Penal contemporáneo en España* (pp. 669-703), que corre a cargo de la pluma, no en ocasión unigénita, de Javier Infante Miguel-Motta⁽¹⁷⁾. Recuerda el autor, discípulo de

(17) Porque, también a la personalidad de José Antón Oneca concierne: J. IN-

Tomás y Valiente, y alumno suyo en el curso académico 1968-1969, las afinidades científicas que mediaban entre ambos catedráticos de la Universidad de Salamanca — aunque, no llegasen a coincidir temporalmente en ella —, especialmente, cuando Antón Oneca, a partir de 1964, comenzó a publicar sus meritorios estudios sobre el Derecho Penal de la Ilustración y de la Codificación, y que se hicieron *docentemente* palpables, para él, cuando, « al llegar a la [explicación de] la codificación penal, menudeaban las citas de Antón » (p. 670). Hijo de un catedrático de Antropología de la Universidad Central de Madrid, que sucedió a Rafael Salillas en la dirección de la Escuela de Criminología, José Antón de Olmet Oneca — que simplificó, en 1925, al poco de llegar a Salamanca, mediante el pertinente expediente judicial, su apellido paterno, por el de Antón —, se doctoró, en 1921, con una tesis sobre *El perdón judicial*. Tomó posesión, en 1923, de la cátedra de Derecho Penal que había desempeñado, en la Universidad salmantina, desde 1893 hasta su muerte, en 1919, Pedro Dorado Montero. Así fue como se inició, de mayo de 1923 a marzo de 1932, la primera etapa de Antón Oneca en la Universidad salmanticense, trufada todavía de estancias pensionadas, para completar su formación de jurista, por la *Junta de Ampliación de Estudios*, en Alemania (en 1928 y en 1932), que habían estado precedidas por otra, anterior a 1923, en París. Se mostró muy activo, en las sesiones del Claustro universitario, entre 1928 y 1931, criticando, en los estertores postreros de la dictadura del general Primo de Rivera, de febrero a octubre de 1930, la connivencia de las autoridades académicas salmantinas con el destierro de su eminente rector, Miguel de Unamuno, además de exigir su reposición en la cátedra y rectorado, o la revisión del homenaje y el *Doctorado Honoris Causa* tributados a Primo de Rivera. Con anterioridad, en noviembre de 1929, junto con Manuel Torres López, catedrático de Historia del Derecho y, años después, el primer alcalde franquista de Salamanca, había solicitado del Ministerio de Educación la readmisión, en sus cátedras, de Alfonso García Valdecasas y Wenceslao Roces, ambos colegas expedientados por la dictadura primorriverista.

En marzo de 1932, José Antón Oneca pasó a la situación administrativa de excedencia, sin reserva de plaza, al ser nombrado magistrado del Tribunal Supremo de la II República Española, dentro del turno de juristas de reconocido prestigio. Hasta diciembre de 1936, en que el Gobierno republicano le separó preventivamente del servicio, al sorprenderle el estallido de la Guerra Civil en Segovia, dentro del llamado *bando nacional*, Antón Oneca llevó a cabo, explicitada en los 351 recursos de casación de la Sala de lo Penal en los que actuó como po-

FANTE, *Sobre silencios y olvidos: la jurisprudencia del Tribunal Supremo con motivo de la Sanjurjada*, en AHDE, 74, 2004, pp. 487-540.

nente, lo que Javier Infante califica de « intensa y extensa labor judicial », caracterizada por el « rigor profesional y la independencia de criterio » (p. 677). Muy a destacar es su participación en la Sala de lo Militar, al poco de acceder al Tribunal Supremo, que dictó la sentencia de 25-VIII-1932, por la que fue condenado a muerte el general José Sanjurjo, como cabeza del golpe de Estado contra la República que había acontecido días antes, en Sevilla. Actuó Antón como magistrado suplente, y suscribió un voto particular en el que, discrepando de la Sala, se opuso a la imposición de la pena capital, por estimarla excesiva, siendo partidario de solicitar al Gobierno su conmutación por la de reclusión perpetua. Nombrado presidente de la Sección Penal de la *Comisión Jurídica Asesora* — que sustituyó a la *Comisión General de Codificación* —, desde diciembre de 1931, José Antón Oneca, de ideología liberal, preso en cárceles de la provincia de Segovia, fue sometido a un expediente de depuración política, entre marzo y septiembre de 1937, por la *Comisión Depuradora del Profesorado Universitario* que operaba en el bando franquista, resultando inhabilitado *sine die* para el desempeño de cargos de confianza y de dirección. La contestación al pliego de cargos contra él formulados, escrita, en su característico estilo conciso, claro, sencillo, preciso y bien argumentado, por Antón Oneca, desde la cárcel de Segovia, el 1-V-1937, ha sido transcrita y recogida, en un *Apéndice I* (pp. 698-700), por Javier Infante. En la primavera de 1940, gracias a la gestión de Ramón Carande, precedida de otras de Pedro Sainz Rodríguez, consiguió ser rehabilitado, y su ingreso, como catedrático de Derecho Penal, primero en la Universidad de Santiago, en agosto de 1940, y, ya desde septiembre de 1941, mediante otro concurso de traslado, hasta 1962, en su originaria de Salamanca. De este modo, se inició la segunda etapa de su vida, y vinculación, con el Estudio General salmantino, a medio camino, por vía férrea, entre la capital castellana y Madrid, lugar de residencia de su familia, que habría de ser la más brillante y fructuosa, desde el punto de vista de la investigación penalista. Una cuidada bibliografía de José Antón Oneca es incorporada en el *Apéndice II* (pp. 701-703), de quien sus alumnos todavía recuerdan al profesor serio y cumplidor de sus obligaciones, de carácter introvertido, de indumentaria desaliñada, y benévolo en las calificaciones. Su tercera etapa universitaria, la segunda alejado de Salamanca, transcurrió entre 1962 y 1967, año de su jubilación, tras haber logrado acceder a una cátedra en la Universidad Complutense de Madrid, tanto tiempo negada por su pasado republicano. Falleció el 23-II-1981, cuando se produjo un nuevo golpe militar, frustrado, a cargo del coronel Tejero, ya en el período de democracia, consagrado en España tras la promulgación de la Constitución de 1978. Discípulo del gran penalista Luis Jiménez de Asúa, en colaboración con él publicó un primer manual, titulado *Derecho Penal (conforme al Código de 1928)*. *Parte general y Parte especial* (en 2 volú-

menes, Madrid, 1929); y, años más tarde, su gran aportación a la manualística, plena de profundidad y rigor científico, con un cuidado estilo literario, y armoniosa combinación de la doctrina española y extranjera, la legislación, y la novedad de la jurisprudencial, en la *Parte General*, en un volumen, del *Derecho Penal* (Madrid, 1949), cuya *Parte Especial*, en otro volumen, corrió por cuenta de José Arturo Rodríguez Muñoz, con el auxilio de José María Rodríguez Devesa y Tomás Jaso Roldán. Inclinado monográficamente, sin embargo, al estudio de la llamada *Parte especial* (delito continuado, estafa, lesiones), no obstante, particularmente en los últimos años de su vida, tras su jubilación de la cátedra universitaria, Antón Oneca se convirtió en un notable historiador del Derecho Penal dieciochesco, de la Ilustración, y decimonónico, de la Codificación, interesado por los *finés de la pena* según los penalistas ilustrados (1964), la *historia de los Códigos Penales de 1822 y 1848* (1965) y 1870 (1970), el *Derecho Penal de la Ilustración y Manuel de Lardizábal* (1966), o los *proyectos de reforma del Código Penal español* en el novecientos (1972).

V. Urge poner fin a estas notas y comentarios, sobre todo, porque las conclusiones de quien aquéllas y éstos ha procurado pergeñar figuran, más o menos deshilvanadas, a lo largo de sus páginas, y no conviene reiterar lo ya dicho. Aunque, con ello, hoy se traicione, en este caso, el espíritu tradicional de estudio, medieval y moderno, plenamente universitario, de la *repetitio*, acorde con el sentir, entonces comúnmente aceptado, de que con ella se gravaban mejor, en las mentes de los estudiantes, por obra de sus profesores, las cuestiones, jurídicas o no, puesto que *repetita iuvant*, también consagrado en el aforismo académico de que *la repetitio est mater scientiae*. Dando, pues, por dicho lo ya dicho, conviene, quizá, intentar hacer beneficio de la inclinación pedagógica, e investigadora en lo histórico, de Francisco Tomás y Valiente por el que denominaba *presentismo* controlado. Estos *Studia in memoriam* al ilustre catedrático, historiador y jurista, amén de magistrado y presidente del Tribunal Constitucional de España, titulados *El Derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX)*, dirigidos por Salustiano de Dios, con el auxilio coordinador de Javier Infante y Eugenia Torijano, constituyen una clara expresión, sencilla, sentida y señera, de lo que honra, dedicación, estudio y magisterio viene significando en la Universidad, al menos, desde sus raíces institucionales medievales en la Europa occidental: enseñanza de unos maestros, aprendizaje de unos discípulos, materialización cumplida de unos saberes transmitidos — activa o pasivamente, al gusto y libre elección de profesor y alumno — en forma de libros, y disposición de servir a la sociedad por parte de unos bachilleres, licenciados o doctores, una vez egresados de sus respectivos Estudios Generales. En nuestro caso, juristas que, retornando a la Universidad, o no saliendo de ella, aunque, muchas veces, ejerciendo simultáneamente en el foro o

desempeñando la práctica institucional del derecho, al convertirse, por obra del tiempo y del estudio, de alumnos en profesores, alimentan el *eterno retorno*, extendido por el espacio y seriado en el devenir temporal, de las sucesivas e infinitas — al menos, desde la perspectiva limitada del hombre — *reencarnaciones* de maestros-aprendices, y aprendices-maestros. Porque, discípulos y colegas han homenajeado, en este libro de recuerdo y memoria, a un universitario vilmente asesinado, con el único instrumento que le es lícito al jurista frente a la violencia, negación de todo derecho: la palabra, oral y escrita, que reflexiona sobre los límites del poder y de la coacción, y acerca de los fundamentos de la sociedad a la que aquélla y éste sirven; y, en el caso del historiador jurista, además, sobre esas mismas cuestiones en tiempos y sociedades pretéritas, pero, fluyentes y contemporáneamente — todas lo son, en mayor o menor grado —, influyentes. A principios del siglo XXI, en tiempos que Tomás y Valiente no ha podido vivir, ni con ellos, y en ellos, reflexionar, por culpa de mano vocacional de verdugo, en los países de la mencionada Europa occidental, cuna de nacimiento, recreación y expansión del *ius commune*, al hilo de la incipiente unidad política, todavía mera secuela de la económica, que representa la llamada *Unión Europea*, se viene planteando, como *Espacio Europeo de Educación Superior* o con cualquier otra denominación, o concepción administrativa que luego, efímeramente, triunfe, una reforma de los métodos de enseñanza universitarios. Una reforma, o varias futuras, si y cuando lleguen a concretarse, que suponen, no un mero replanteamiento de tales métodos (históricamente) tradicionales, sino la impugnación y sustitución de bastantes de ellos. Nunca la Universidad ha permanecido absolutamente inmóvil, como bien saben quienes a su estudio histórico han dedicado sus desvelos, y mayor innovación en la enseñanza del derecho no cabe, por ejemplo, que la patrocinada e impuesta por glosadores y comentaristas de la Alta y Baja Edad Media. Como toda institución histórica de prolongado tracto temporal, la Universidad ha sobrevivido a los intereses, manejos, caprichos y ocurrencias de bastantes de sus antiguos alumnos, encaramados a las instancias del poder político que sobre ella podían disponer, y decidir, en un momento determinado, gracias a su ductilidad y capacidad de acomodación, y también de superación por la excelencia de no pocos de sus profesores-alumnos. Pero, siempre ha mantenido unas constantes invariables, sencillas por lógicas, y útiles por prácticas, como son, entre otras más, invocables: la indisponibilidad del catálogo de saberes académicos, lo más amplio y abierto posible, que no pueden, ni deben, ser *privatizados*, ni amputados o postergados; la preservación de la máxima libertad que liga, en tiempo y espacio materialmente acotados, desde luego, la relación de un maestro con sus discípulos, que no ha de ser violentada, ni constreñida, por reglamentaciones imbuidas de una pretensa pedagogía *del detalle* programado, o por

su contraria, la pedagogía del esfuerzo mínimo o del que se diluye en el grupo, o del aprendizaje *adánico*; la valoración del mal llamado saber *teórico*, desplazado o minusvalorado en aras de otros supuestos e indefinidos saberes *prácticos*, cuya acta de nacimiento innegable en lo que se ha dado en llamar *teoría* (la historia, por descontado, una de ellas) pretende ser ocultada o ignorada, y, así, un largo etcétera. La lectura reposada, en fin, de este homenaje a Francisco Tomás y Valiente, comenzando por sus tres columnas de ordenación y sustento, la *enseñanza del derecho*, los *libros de derecho* y los *juristas*, esto es, *hombres, saberes, aprendizajes*, inextricablemente dependientes, esencialmente relacionados y vivificadores, constituye, por Historia que es, e historia del Derecho que en ella se contiene, la *mejor vacuna contra el dogmatismo* — como Tomás y Valiente gustaba de recordar que era el conocimiento de la historia —, que toda, o cualquier reforma de la Universidad, y de los saberes universitarios, presente o futura, pueda contener, y pretender, consciente o involuntariamente. Porque la mejor *tradición* del derecho, durante mucho tiempo la única, ha sido, moderna y contemporáneamente, la universitaria: la incubada en sus aulas, al calor del diálogo fértil, diario, constante, de doctores y escolares, sobre saberes compartidos, obligada o vocacionalmente. Incluida la que, extramuros de los claustros universitarios, aunque encastillada en el saber personal, clásico y moderno, de ellos absolutamente deudora, proclamó Michel de Montaigne (1533-1592), en primera persona del singular de la libertad espiritual, seminal y universitariamente posibilitada, al preferir *forjar que amueblar su alma*, ferozmente individual: *J'aime mieux forger mon âme que la meubler* (*Essais*, lib. III, cap. III).

JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA

MARÍA JOSÉ MARÍA E IZQUIERDO, *Las fuentes del Ordenamiento de Montalvo*, 2 vols., Madrid, Dykinson, 2004, CXLIV + 1020 páginas.

Este libro es fruto del largo y minucioso trabajo realizado por su autora como tesis de doctorado. Bajo este formato ha merecido, antes de su edición como monografía, nada menos que dos citas del profesor Iglesia Ferreirós y su valoración, en la primera de ellas, como « digna de encomio »⁽¹⁸⁾. Se trata en él de averiguar, ley a ley, de qué

(18) Aunque en ambas ocasiones crítica — sin citar ni el título ni a la autora — que ésta no haya sabido interpretar algunas de sus palabras sobre el *Ordenamiento* de Montalvo; ver, a estos efectos, A. IGLESIA FERREIRÓS, *Carta del director*, en « Initium. Re-

fuentes se sirvió Montalvo para elaborar las *Ordenanzas reales de Castilla* y, una vez identificadas, señalar las variantes entre las normas originarias y las leyes de la recopilación, también conocida como *Ordenamiento de Montalvo* y *Libro de Montalvo*.

La obra reseñada consta de dos volúmenes que, con un estudio preliminar, contienen el cotejo del texto de las *Ordenanzas reales* castellanas con sus fuentes. Para las primeras ha trabajado sobre el facsímil de la edición príncipe (publicado por Emiliano González Díez, *Copilación de las leyes del Reino*, Valladolid, 1986) y el manuscrito Z,II,3 de la Biblioteca de El Escorial. Éste es, en opinión de la autora — por su « esmerada caligrafía, así [como] por la rica ornamentación de algunas de sus letras capitales », e igualmente por haber sido hallado en la residencia regia del alcázar de Segovia —, la copia que se realizó para ser entregada a los Reyes Católicos.

Precedido de un prólogo, el estudio que abre este trabajo se aproxima, en primer lugar (capítulo 1), a los materiales que el jurista manejó, tanto los incluidos en el *Ordenamiento* como los que quedaron fuera de él. Tras ello deja constancia de la complejidad de la elaboración ya que, junto a las leyes copiadas literalmente se encuentran otras que resumió o cambió en alguno de sus términos; otras, incluso, salieron directamente de la pluma de Díaz de Montalvo. Pero además, y a menudo, todas estas variantes fueron introducidas en una misma ley, cuando no se recurrió a la refundición de varias fuentes. Para una mejor comprensión de lo que en este apartado se describe, María e Izquierdo ha realizado unos gráficos circulares incluidos en las páginas inmediatamente antecedentes al cotejo de las fuentes de las *Ordenanzas reales de Castilla*.

Viene a continuación (capítulo 2) un repaso a las posturas de juristas e historiadores acerca del encargo por parte de los Reyes Católicos de la realización del *Ordenamiento* y de su valor 'oficial', dos de los puntos que han concitado el interés unánime de los autores. M^a José María sigue la opinión mayoritaria que sostiene que los monarcas, tal como dejó escrito el propio Montalvo, le pidieron una 'copilación' de leyes, ordenanzas y pragmáticas. A través de los diferentes argumentos esgrimidos por sus estudiosos, la segunda cuestión, la de la existencia o no de sanción real, muestra mayores contradicciones en quienes la han tratado. La autora, sin decantarse por ninguna, cierra este capítulo con el testimonio de Aquilino Iglesia — que cree que sí hubo un reconocimiento tácito — y con el de Carlos Petit que ofrece ejemplos de otras recopilaciones que no fueron promulgadas. Parece con ello dar a entender que el carecer de confirmación expresa por

vista catalana d'història del dret », 8, 2003, p. XXI, y *Carta del director*, en « Initium », 9, 2004, pp. XIV-XVI.

parte de los reyes no es una cuestión importante para establecer el valor de la recopilación, dada la utilización que de la misma se hizo así como el elevado número de sus impresiones.

Con una referencia a los antecedentes — desde las Cortes de Medina del Campo de 1433 en las que ya se manifestó la necesidad de reunir y ordenar las normas regias — (capítulo 3), entra María e Izquierdo en el contenido de las *Ordenanzas reales* y sus características técnicas (capítulo 4). Se podría decir que éste y el siguiente capítulo constituyen ya la parte más fundamentada en la investigación sobre las fuentes jurídicas manejadas por la autora — tanto las utilizadas para redactar el *Ordenamiento* como el propio texto del mismo —. Es cierto que también los anteriores capítulos, aun recorriendo la historiografía y sus preocupaciones más comunes, se construyen gracias al conocimiento exhaustivo de las fuentes normativas que constituyen el objeto de esta investigación. Pero realmente es a partir de aquí donde las aportaciones de M^a José María resultan más interesantes por su novedad no ya sobre el formato y el procedimiento de elaboración sino sobre el contenido. Su primera tarea es aclarar qué normas recopiló Montalvo. De ello ya han hablado en ocasión relativamente reciente otros autores ⁽¹⁹⁾ pero puede María e Izquierdo entrar en esta exposición con mayor detalle, tratando además de explicar por qué se excluyeron otras muchas. De los ordenamientos de Cortes, la más antigua de las leyes que figuran en el *Ordenamiento* pertenece a las de Valladolid de 1322; la más próxima en el tiempo había sido dada en las Cortes de Toledo de 1480. Las leyes de algunas Cortes fueron ignoradas, como es el caso de las de Medina del Campo de 1370, las de Valladolid de 1420 y de 1440, o las de Olmedo de 1445. Se recogieron también sesenta y cinco leyes del *Fuero Real* y, finalmente, doce pragmáticas.

La estructura de esta masa legislativa, profundamente condicionada por el modelo jurídico procedente del *ius commune*, es desglosada a través de los títulos que componen los ocho libros de las *Ordenanzas reales*. Como es sabido, cada una de sus disposiciones lleva la referencia del año y del lugar en que fue redactada la norma original. El repaso minucioso de todas ellas le permite a la autora detectar los errores que en este sentido quedaron consagrados en la edición de los *Códigos españoles*.

Es en este capítulo donde María e Izquierdo trata de describir con detalle las variantes que se aprecian en el cotejo entre el *Libro de Montalvo* y las fuentes con las que el consejero de los reyes trabajó. Desa-

(19) A. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, 2 vols., 2ª edic. corregida, Madrid, 1996, II, pp. 355-366; G. VILLAPALOS SALAS, *Justicia y monarquía*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

rolla aquí las múltiples fórmulas a las que recurrió el jurista para dar forma al texto final ampliándose la visión que, de forma más escueta dejaba apuntado en la aludida clasificación inicial: Montalvo copió a veces literalmente sus fuentes; las resumió; las encabezó en muchas ocasiones con sus propias reflexiones a modo de justificación; las refundió, bien uniendo fragmentos literales, bien bajo una nueva redacción; hizo remisiones a algunas que luego no recogió. Cuando estas operaciones llevaban a la modificación de la norma o normas de las que partía, además de servir para eliminar, en muchas ocasiones, partes más o menos amplias del texto originario, introducían claridad en normas oscuras, adaptando regulaciones anticuadas a las instituciones de su época.

No puede dejar de lado la autora un hecho también conocido de todos: la frecuente repetición de preceptos a lo largo del *Ordenamiento de Montalvo*. Tampoco encontramos aquí uniformidad porque si bien las reiteraciones, en algunos casos, son literales, en otros, de nuevo, introdujo el jurista variantes entre las diferentes redacciones. Utilizó incluso fragmentos de normas que, aun con el mismo sentido, procedían de diferentes leyes. Bien podría achacarse esta circunstancia « más que a un defecto, a un exceso de sistemática en virtud de la cual un precepto cuyo contenido afecta a varias materias se inserta en cada uno de los títulos que trata de ellas »⁽²⁰⁾. Sin embargo muchas de las repeticiones están en leyes que no sólo pertenecen al mismo título sino que además son consecutivas. Este dato, que la autora considera un fallo técnico de la obra, sumado a los abundantes errores en la numeración de las leyes le permiten deducir que Montalvo no trabajó solo, sino que estuvo rodeado de personas que le ayudaron en la tarea y que, al parecer, no siempre supieron coordinar sus esfuerzos.

Termina este capítulo con unas consideraciones sobre la finalización de las *Ordenanzas reales* y la fecha de la edición príncipe, 11 de noviembre de 1484. Puesto que es la misma que figura en el ms. Z,II,3, deduce María e Izquierdo que la fecha que se ha venido considerando como la de impresión de la primera edición es, en realidad, la de finalización de la obra por parte de Montalvo, y es por ello la que consta también en las otras copias manuscritas. Es lógica esta conclusión pues los impresores de incunables no pensaban estar realizando nada nuevo o revolucionario y trataban por ello de reproducir en sus libros todos los caracteres de los códices, desde su forma o tamaño, al tipo de le-

(20) Así se interpretan las repeticiones de una misma norma, en relación al *Libro de los Fueros*, por E. GACTO, J.A. ALEJANDRE y J.M. GARCÍA MARÍN, en *El derecho histórico de los pueblos de España (Temas para un curso de historia del derecho)*, Madrid, Universidad Complutense, 1982, p. 222.

tra y las ilustraciones ⁽²¹⁾. Por esa razón no se le daba tanta importancia a la datación de la obra, y si el manuscrito estaba fechado, era ésta la referencia temporal a la que se atenían.

El capítulo final, el quinto, trata de dar respuesta a una serie de cuestiones de envergadura. Destacaré las que me parecen más importantes.

a) Existe un argumento repetido hasta la saciedad por los historiadores, porque es también el que se manifiesta durante el reinado de los Reyes Católicos, para explicar la elaboración de este texto jurídico: el arreglo de la justicia. La política de los monarcas no deja lugar a dudas de la autenticidad de este propósito. Pero más allá de esta afirmación, bien podrían cumplirse otros. En este contexto creo que deben ser entendidas las reflexiones de M^a José María sobre el significado de las referencias que Montalvo hizo a « este libro ». Esta expresión es recogida al copiar la ley 28,1 de Alcalá aludiendo así al ordenamiento de aquellas Cortes. Pero cuando el jurista, en la ley siguiente 28,2 que repite la misma expresión le añade, como encabezamiento, « Que las leyes *deste libro* se guarden en las tierras de las iglesias e sennorios », este enunciado es el paso que le da oportunidad a Montalvo para transformar una ley ocasional en general, como las restantes « *deste libro* » — hablando ahora ya de *su* compilación —. Otro tipo de referencias, como « leyes del derecho común » o « leyes de los derechos comunes de nuestros reinos », corroboran la vocación ‘generalizadora’ del texto de Díaz de Montalvo. La recopilación se convierte, pues, en instrumento, consciente o no, de transformación del derecho particular, mediante el recurso, además, de suprimir las referencias a personas o a categorías de personas concretas — como la autora explica — o el de reunir varias leyes, dadas en lugares y fechas precisas, en una sola, desligándola ya de las circunstancias específicas que la hicieron nacer.

b) Se puede aventurar que las diferentes vías de intervención que Montalvo realizó sobre las leyes no carecen de lógica al tratar de reunir normas, más o menos dispersas y, desde luego, bastante lejanas en el tiempo las más de las veces, en un cuerpo de normas que habían de ser aplicadas a la realidad de su época. Sin duda todas las refundiciones y ediciones ya locales ya territoriales que desde siglos atrás se venían realizando emplearon una o más de estas técnicas que no podían resultar desconocidas para el jurista. Es más, en las Cortes de 1433 los procuradores hicieron ya algunas sugerencias para aclarar la situación del derecho real que iban por la senda empleada años más tarde por

(21) R. CHARTIER, *Avant-propos*, en ÍD., (dir.), *Les usages de l'imprimé (XV^e-XIX^e siècle)*, p. 8. Esta circunstancia ha dificultado sobremanera la datación de las primeras ediciones de las obras impresas.

Díaz de Montalvo. Por ello, la denuncia de contener leyes « corrutas e no bien sacadas », que las Cortes de Valladolid de 1523 hicieron recaer sobre el texto de las *Ordenanzas* tenía un trasfondo que iba más allá de los simples problemas de un inadecuado proceso de recopilación que no había respetado la literalidad de las leyes. Aunque volveré sobre ello creo oportuno poner ahora de relieve que la variada serie de actuaciones de Montalvo y sus posibles colaboradores sobre las fuentes consiguió otros objetivos que son perfectamente comprensibles dentro del modelo de gobierno que los Reyes Católicos se esforzaron por poner en pie. María e Izquierdo, aun con reparos, utiliza un término, « manipulación », que no me parece adecuado ni en su primera acepción⁽²²⁾ ni en las restantes por tener éstas una carga peyorativa que introduce un juicio de valor poco oportuno en este contexto. Lo cierto es que la redacción de Montalvo introdujo en las normas por él utilizadas variaciones que, por un lado, atribuían protagonismo al Consejo Real y, por otro, iban en detrimento de la Iglesia y de la nobleza. Esta incursión frente a los dos pilares del poder que sustentaban el de los monarcas obligó sin duda, como afirma la autora, a que los Reyes Católicos fueran prudentes ante las novedades que ofrecía la recopilación y explica, incluso, que Isabel tuviera problemas de conciencia en los momentos previos a su muerte por la merma que durante su reinado hubieran podido sufrir la libertad y la inmunidad eclesiásticas. Tales extremos quedan apuntados en estas páginas sin ánimo de agotar los temas, lo cual no le resta ni un ápice de interés y abre además una atractiva vía de investigación.

Acaba el estudio preliminar de *Las fuentes del Ordenamiento de Montalvo* con una « Recapitulación ». Incluye a continuación sendos apartados, que bien podrían ser considerados como apéndice, con referencias a la vida y a la obra del jurista así como a las ediciones de la recopilación.

Las normas de transcripción y de edición ofrecen los datos necesarios para la comprensión del cotejo. Tras un auténtico « Apéndice » estadístico y gráfico que ofrece datos cuantitativos de lo que viene a continuación, se entra en el texto recopilado acompañado de sus fuentes cuya consulta es, sin duda, el instrumento apropiado tanto para el estudio del significado de esta obra en particular como de la labor recopiladora de las leyes de los reinos en general. Si lo comentado hasta aquí tiene interés por las aportaciones y novedades que sobre el *Ordenamiento* nos ofrece el estudio preliminar, la parte más importante de su trabajo — no precisamente por resultar, como es obvio, la más voluminosa — se encuentra en el rastreo de las fuentes utilizadas para la

(22) « Operar con las manos o con cualquier instrumento », según la más reciente edición del *Diccionario de la lengua* de la Real Academia Española.

redacción de la compilación. Facilitando la visión de conjunto, se encuentran, frente a frente, en las páginas pares del libro las fuentes originarias y en las impares la redacción de Montalvo. Aquí se ha servido M^a José María de diversos tipos de letra y de diferentes signos tipográficos para resaltar los cambios de Montalvo en las leyes originales, los pasajes añadidos, la repetición de normas o las anotaciones de concordancias y de remisiones internas. Lo mismo ocurre con el texto de las fuentes, para que el lector pueda distinguir el texto que fue utilizado de forma literal por el jurista castellano de los preceptos o partes de ellos que no fueron recogidos. Algunas de estas fuentes no han sido halladas por la autora pero no representan sino el tres por ciento del total.

En esta obra establece María e Izquierdo un modelo a seguir por quienes quieran conocer la historia de las recopilaciones del derecho de los reinos hispánicos en general y de los castellanos en particular, con una labor todavía a estas alturas necesaria en un campo en el que, pese a contar con una bibliografía nada desdeñable, nunca nadie había dado el paso que ahora se materializa en estos volúmenes. Éste es el camino. En lugar de elucubrar sobre intenciones, había que atreverse a una tarea previa y necesaria, una labor de búsqueda muy fatigosa y a veces descorazonadora — pero, por los resultados obtenidos, fructífera — de las fuentes utilizadas por Montalvo para su pionera e ingente obra.

Esta vía de trabajo abierta gracias a haber dado el paso más complejo, el de la identificación de las fuentes medievales y las variantes introducidas en el texto recopilado debe realizarse, por lo que al derecho castellano respecta, con las recopilaciones *Nueva* y *Novísima*. La propia María e Izquierdo ha realizado una incursión en la primera de ellas ⁽²³⁾ partiendo de la obra de Montalvo e intentando comprobar en qué medida fue utilizada. Pasando por encima de las quejas de las Cortes de 1523 celebradas en Valladolid, las correspondencias entre las *Ordenanzas reales de Castilla* y la *Recopilación* de 1567 no es desdeñable: el veinte por ciento de las leyes redactadas por el jurista castellano pasó a esta última respetándose su más estricta literalidad. Con ello se refuerza la idea ya reseñada del significado político que encerraba el discurso de los procuradores vallisoletanos. Pero también se ponen de relieve las posibilidades que para la investigación se abren gracias a este trabajo.

ADELA MORA

(23) M^a J. MARÍA E IZQUIERDO, *El Ordenamiento de Montalvo y la Nueva Recopilación*, en « Cuadernos de Historia del Derecho. Homenaje al profesor don Manuel Torres López », 6/I, 1999.

A proposito di...

ANDREA BORTOLUZZI

LA GLOBALIZZAZIONE NELLO SPETTRO DEL DIRITTO?

(a proposito di un libro di Francesco Galgano
su globalizzazione e diritto)

« Diceva di sapere. Se gli ponevi una questione rifiutava la risposta. Sapere, diceva, è un limite, come il sapere di ignorare ».

G. BORTOLUZZI, *Scusi, è lei la mia poesia?*

1. Globalizzazione nello specchio o nello spettro del diritto? — 2. Universalità contro uniformità giuridica. — 3. Transnazionalità del diritto: traduzione o decostruzione dei diritti nazionali? — 4. Le fonti del diritto globale: contratto e *iusdictio*. — 5. L'impresa globale, comunità e istituzione. — 6. Persona e negozio, le verità nascoste della globalizzazione.

1. *Globalizzazione nello specchio o nello spettro del diritto?*

La qualità del rapporto, la 'natura delle cose' e l'appello ai dati sociologici e pratici che furono la costante del pensiero dei commercialisti del primo novecento (Vivante soprattutto e Rotondi e Asquini), un pensiero che li rese liberi dal dogmatismo anche nelle sue varianti statualiste e legaliste ⁽¹⁾ sta alla base della globalizzazione che si specchia nel diritto di Francesco Galgano ⁽²⁾.

Specchio del diritto dunque, che con le parole di Vivante « la

(1) R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, « Rivista di Diritto Civile », 4, 2005, I, p. 419.

(2) F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino 2005.

scienza (giuridica *n.d.r.*) ha appunto questo duplice compito e più specialmente quello di desumere da tutto il complesso delle leggi attuali i principi che le governano e di risolverli nei loro elementi per renderne più sicura e facile l'applicazione; quello di scoprire quale sia il diritto che deve governare i nuovi rapporti commerciali *desumendoli dalla loro natura tecnica ed economica* (corsivo nostro) »⁽³⁾. La globalizzazione intesa come fenomeno di natura tecnica ed economica si specchia per i cultori di questa accezione della scienza giuridica nel diritto cui è assegnato il compito di scoprire come lo stesso gli sia applicabile a partire dalle modalità in cui essa si esprime (la sua natura appunto). Quel processo di scoperta (in che lo specchiamento che tende a rivelare) tende a ri-valutare l'idea che il diritto possa anche nascere dall'azione (la '*law in action*') e non solo dai libri (la '*law in the books*') dettato « dal desiderio di rivalutare elementi del diritto praticato, che non vengono inventariati nei libri e perciò rimangono impliciti »⁽⁴⁾.

Galgano insiste nella tecnica degli specchi che rimanda della globalizzazione un'immagine fatta di scambi contrattuali regolati da una legge universale la nuova *lex mercatoria*, intesa quale sistema normativo a sé stante, di fonte consuetudinaria, il quale ripete la propria legittimità dal fatto di corrispondere all'*opinio iuris* di quanti, quale ne sia la nazionalità, agiscono sui mercati internazionali, di una nuova vocazione dei diritti nazionali, non più chiusi dentro i confini politici degli Stati, bensì aperti alla competizione, quali modelli fruibili per una *lex shopping*, del mutato volto degli Stati i cui mercati globali hanno sottratto molte delle loro tradizionali prerogative sovrane sicché autorità tecnocratiche hanno preso il posto prima occupato da autorità politiche e autodiscipline contrattuali hanno sostituito fonti normative, mentre il potere giudiziario tende a configurarsi quale organo di una società civile ormai cosmopolita.

I riflessi della globalizzazione sono dunque colti sul versante della effettività « che consente di inserire nell'ordinamento norme prive di una diversa legittimazione grazie al fatto che nella vita della comunità esse sono imposte al cittadino dagli organi di potere »⁽⁵⁾, e passando per il richiamo alla natura delle cose dà frutti sulla pianta del 'diritto spontaneo'⁽⁶⁾.

Si perde per strada parte del Vivante scienziato in specie quello che si attarda sui testi normativi per riscontrarne l'effettività, e si guarda con disincanto a ciò che lo specchio del diritto proietta della globaliz-

⁽³⁾ C. VIVANTE, *Elementi di diritto commerciale*, Milano, Hoepli, 1891, p. 11.

⁽⁴⁾ R. SACCO, *Prospettive*, cit., p. 423.

⁽⁵⁾ Ivi, p. 424.

⁽⁶⁾ SACCO, *ibidem*, sulle tracce di AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1950.

zazione massime gli usi che « non hanno forza obbligatoria se non quando formano una pratica costante e generale dei commercianti »... che « devono essere osservati come se fossero imposti da una legge »... che « non devono essere contrari alle leggi di ordine pubblico e alle leggi commerciali », sicché « se taluno ha la disgrazia di fare un contratto ignorando la loro esistenza, ciò nullameno dovrà subirne le conseguenze perché la coscienza generale gli impone l'impero dell'uso, come gli impone la legge » (7). Sono gli usi che fondano la *lex mercatoria* perché « vi hanno molti contratti di banca, di borsa, molte specie di vendita, molti affari marittimi che il legislatore non ha regolati »... « e abbandonò all'opera della consuetudine ». « Gli usi cominciano spesso coll'essere adottati da un commerciante con la propria clientela, poi divengono propri di un ramo di commercio, finché talora si estendono a tutto lo Stato e anche fuori dei suoi confini » (8). La globalizzazione secondo Galgano si specchia in un diritto privo dello Stato e della sua macchina, che altri pone oggi al centro della sua riflessione giuridica, una macchina « accidentale e arbitraria.. » capace di ottenere il fine prescelto, l'attitudine a funzionare »... 'machina machinarum' produttrice di norme, di procedure amministrative e giudiziarie (9), che nega albergo a qualsivoglia idea di naturalità e di organicità, e privo anche di valori sociali che altri ancora indica come fondanti del diritto odierno sì che « dietro il paravento della sociologia del diritto » non deve essere coltivato « un generico liberismo interpretativo », « ma si tratta di comprendere che l'irriducibile realtà del diritto vivente, nel momento stesso in cui si misura attraverso risultati interpretativi, inevitabilmente riconnette la regola di decisione non ad un testo ma al suo significato e conseguentemente individua come passaggio essenziale del processo applicativo del diritto, giudizi, valutazioni, criteri di valore che certamente appartengono anche all'analisi sociologica » (10).

In verità stando agli impegni programmatici dell'Autore la globalizzazione si specchia nel diritto il quale a sua volta non sarebbe specchio inerte del reale, sua mera sovrastruttura, ma in qualche modo vi si confonderebbe così che il ruolo che gli si assegna è di essere ragione determinante dello sviluppo economico sì che allo scienziato del giure

(7) VIVANTE, *Elementi*, cit., p. 9.

(8) Ivi, p. 8.

(9) N. IRTI, *Machina*, in *Lessico Intellettuale Europeo, XI Colloquio Internazionale, Roma, 8-10 gennaio 2004*, Atti a cura di M. Veneziani, Firenze, Holschki, 2005, pp. 513-519.

(10) N. LIPARI, *Diritto e valori sociali, Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, Edizioni Studium 2004, p. 95.

resta di fare l'analisi giuridica dell'economia: una analisi che vi mette in gioco un ricco strumentario, economia, filosofia, sociologia.

Quell'impegno programmatico sembra scontrarsi però con il naturalismo che sembra implicito al ricorso alla categoria dello specchiamento, anche se una tale categoria taluno ascrive al realismo abolendo ogni idea di specularità, di riproduzione o di fedeltà a ciò che appare, « qualunque idea dunque naturalistica »⁽¹¹⁾. L'esperienza si porrebbe al centro di quello specchiamento, e la parola realismo può funzionare « perché mette in moto l'accento sul rapporto concreto fra gli uomini, sulla loro storia, sulla loro esperienza »⁽¹²⁾.

Leggendo il libro di Galgano chi scrive avverte però presente anzi incombente il naturalismo di « chi presenta il mondo così come appare direttamente nelle esperienze vissute dei personaggi stessi » e che, pur avvertito di doverlo oltrepassare « presentando gli stati d'animo in modo artisticamente più raffinato e persino elevando il livello intellettuale »... « nulla muta nella sostanza », perché « se l'orizzonte oggettivo dell'opera continua a restare inadeguato a quello della realtà sociale rispecchiata », l'agognato realismo non raggiunge gli esiti sperati « ora perché rappresenta troppo direttamente il fattore sociale » ora perché « non passa attraverso le mediazioni sociali e assume una pseudo-profondità priva di contenuto che sconfina nell'arbitrario »⁽¹³⁾.

Se l'Autore avesse voluto tenere fede al suo programma realista meglio avrebbe fatto ad adottare non già la categoria degli specchi ma quella fotografica. Come insegna Barthes « per disegnare la realtà il buddismo dice *sunya*, il vuoto; ma meglio ancora dice: *tathata*, il fatto di essere tale, di essere così, di essere quello, in sanscrito *tat* vuol dire *quello* e fa pensare al gesto del bambino che indica qualcosa col dito e dice: *ta, da, ca!* Una fotografia si trova sempre all'estremità di quel gesto; essa dice: *questo, è proprio questo è esattamente così* »⁽¹⁴⁾. La fotografia della globalizzazione farebbe di quest'ultima il referente, il bersaglio lo *spectrum* « sorta di piccolo simulacro di eidolon emesso dall'oggetto »⁽¹⁵⁾. D'altro canto la fotografia « non può essere approfondita » a causa della sua forza d'evidenza; « nell'immagine l'oggetto si presenta in blocco e la percezione ne è *certa* », « questa certezza è assoluta perché ho la possibilità di osservare la fotografia con intensità;

(11) Vedi quanto afferma E. SANGUINETI, *Realismo in Novecento, Conversazioni sulla cultura del ventesimo secolo*, Genova, Melangolo, 2005, p. 63.

(12) *Ibidem*.

(13) Le citazioni sono da G. LUKACS, *Scritti di sociologia della letteratura*, Milano, Il Saggiatore, 1964, pp. 359-363.

(14) R. BARTHES, *La camera chiara. Nota sulla fotografia*, ed. it., Einaudi, Torino, 1980, pp. 6-7.

(15) Ivi, p. 11.

d'altra parte per quanto prolunghi tale osservazione essa non mi apprende nulla. È precisamente in questa sospensione dell'interpretazione che risiede la certezza della foto »⁽¹⁶⁾.

La globalizzazione allora sarebbe dovuto essere vista nello spettro del diritto.

Ma può il diritto prescindere dall'attività speculativa⁽¹⁷⁾? La questione diviene un *puzzle* irrisolvibile: lo specchio evoca il naturalismo che Galgano rifugge; la fotografia evoca il realismo giuridico in senso stretto⁽¹⁸⁾, che ben poco ha a che fare con l'evocazione che il Nostro autore fa della sociologia giuridica e dell'analisi giuridica dell'economia in limine alla sua opera.

Non si voleva scrivere un libro di diritto e dunque risolvere *puzzles*. Il libro appare invece davvero un libro di diritto a partire dal *puzzle* che ci propone in limine all'opera: la globalizzazione nello specchio o nello spettro del diritto?

Vediamo di risolverlo sulle tracce del suo contenuto.

2. *Universalità contro uniformità giuridica.*

Rivoluzione: è questa la prima parola che viene spesa nel libro sulla globalizzazione. Questa parola viene spesa in senso sociologico ad indicare diversi tipi di mutamenti sociali tali da modificare su larga scala e in profondità elementi centrali della organizzazione sociale e non già per le sue implicazioni sul versante politico: non sono qui in gioco investimenti affettivi e morali quanto l'acribia scientifica del genetista applicata alle radicali trasformazioni delle società capitalistiche dopo cinquant'anni di capitalismo di pace⁽¹⁹⁾. I caratteri di questa ri-

⁽¹⁶⁾ Ivi, p. 107.

⁽¹⁷⁾ Anche la sociologia giuridica è ben lontana dalla semplice ricerca empirica e fortemente caratterizzata da una impostazione speculativa da Gurvitch a Luhmann. Vedi: G. GURVITCH, *La sociologia del diritto*, Milano, Il Saggiatore, 1967; N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1977.

⁽¹⁸⁾ Il realismo in senso stretto abbandona la posizione prescrittivo-valutativa delle fonti del diritto di matrice sociologica in favore del decisionismo in quanto si propone l'obiettivo di dare una descrizione del diritto che permetta effettivamente di prevedere le decisioni giudiziarie concrete. « I realisti americani raccomandano di dare rilevanza « a ciò che i Tribunali fanno e non a ciò che dicono di fare », e sono convinti che il giudice giunge alla decisione in base alla valutazione degli interessi che lo convince e poi va alla ricerca della giustificazione legale o precedenziale »: SACCO, *Prospettive*, cit, p. 430.

⁽¹⁹⁾ Qui il mutamento sociale è visto per la sua accelerazione tale da introdurre

voluzione sono strutturali (rivoluzione tecnologica, rivoluzione manageriale, rivoluzione finanziaria) istituzionali (la organizzazione delle imprese secondo il sistema delle holding, produttive o finanziarie o produttivo/finanziarie), economici (espansione planetaria della organizzazione produttiva).

Essa non viene spesa in senso giuridico ma viene evocata nei medesimi termini con cui la si è spesa in senso sociologico per indicare i caratteri del diritto della rivoluzione post-industriale.

Ché lungi dal rappresentare un *continuum* con il passato « l'organizzazione giuridica preesistente è risultata sconvolta dalle fondamenta, alterata nei suoi principi ordinatori »⁽²⁰⁾.

La rivoluzione giuridica non si è ancora compiuta ma si annuncia e se ne delineano i caratteri: crisi del primato della legge conseguente alla crisi del dogma della statualità del diritto, formazione di un diritto uniforme spontaneo che risponde al nome di *lex mercatoria*, disponibilità dei diritti statuali a porsi sul mercato della *lex shopping*, sostituzione del contratto alla legge, adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà da parte del giudice.

In questo quadro la *lex mercatoria* viene a perdere già da oggi la caratteristica di fonte del diritto prevalentemente occidentale in quanto figure giuridiche nate in oriente come quelle della *gross disparity* e dell'*hardship* sono importate nei sistemi giuridici occidentali e lo *shopping* del diritto prefigura scenari dove nei giudizi arbitrali potranno essere affermati principi non appartenenti alla nostra tradizione giuridica ma a quella orientale.

Il diritto viene qua in considerazione non già come fattore esogeno del mutamento sociale implicato dalla globalizzazione svolgendo le funzioni necessarie a creare, mantenere e trasformare l'ordine sociale, ma come oggetto di mutamento a causa dell'influenza esercitata su di esso dalla *società globale*⁽²¹⁾, intesa quale espressione di un ineluttabile

nella società una discontinuità di stato, di direzione di sviluppo, di struttura pressochè radicale rispetto al tempo precedente, quindi per il suo aspetto di *mutazione*.

Il concetto di *mutazione* è stato coniato all'inizio del novecento dai genetisti (in specie da Hugo de Vries, di fatto un botanico, come Mendel) allo scopo di designare i nuovi caratteri o tratti ereditari comparsi improvvisamente in un organismo animale o vegetale e trasposto sul piano sociologico in primis da G. BOUTHOU, *Traité de Sociologie*, vol. II, *Sociologie dynamique*, Parigi, 1954, p. I, cap. III e a definire i caratteri della società post-industriale da G. RIBEILL, *Tension et mutations sociales*, Parigi, 1974.

⁽²⁰⁾ GALGANO, *La Globalizzazione*, cit., p. 33.

⁽²¹⁾ Il termine è qui adoprato non già nel senso prospettato da Gurvitch, coniatore del termine, di morfologia sociale, ma nel senso di formazione economico sociale grande quanto il mondo ispirato dalla dottrina e dalla prassi neo-liberali la *societas mer-*

processo economico cui il diritto viene adattandosi più che come insieme strutturato di una serie di azioni e di documenti di governi, organizzazioni internazionali, associazioni economiche private, e *corporations* multinazionali atto a comporre nell'insieme un progetto di società organico dai connotati palesemente politici non meno che economici ⁽²²⁾.

La Babele dei diritti nazionali non è vinta dai tentativi infruttuosi di renderli tra loro uniformi attraverso accordi interstatuali, ma dalla *lex mercatoria* intesa quale nuovo diritto universale.

La tecnica giuridica soddisfa i bisogni del mercato dando forma a nuovi beni e a nuove operazioni economiche, la formula *law and economics* attesta la ricostituita continuità fra diritto e economia, la società globale si dà un proprio diritto non statale al quale si attribuisce il nome di nuova *lex mercatoria*, intesa come diritto creato dal ceto imprenditoriale e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme al di là delle unità politiche degli stati, i rapporti che si instaurano entro l'unità economica degli Stati, un diritto che dissolve i particolarismi giuridici delle codificazioni e le differenze tra *civil law* e *common law*. Entro il mercato globale il diritto trova l'originaria universalità. Esso è un diritto di fonte consuetudinaria, mediato dalla scienza dei giuristi.

Essi debbono limitarne il possibile dispotismo quale diritto unilateralmente creato dalla classe imprenditoriale mediando fra gli opposti interessi in gioco fra le ragioni dell'impresa e del contraente debole applicando, utilizzando figure come quelle della *gross disparity* e dell'*hardship*, i principi della equità e della congruità dello scambio delle prestazioni. L'approccio seguito da Galgano mantiene le caratteristiche della osservazione naturalistica si limita a considerare come la globalizzazione influisca interagendovi col diritto e il suo relativismo si ferma alla osservazione del fenomeno del mutare del diritto in rapporto ai fattori economici e alla denuncia della incomparabilità delle diverse culture giuridiche, una incomparabilità che non viene superata in

catoria, la business community. G. GURVITCH, *Déterminismes sociaux et liberté humaine - Vers l'étude sociologique des cheminements de la liberté*, Parigi, 1955.

(22) La letteratura sociologica in argomento è amplissima. Mi limito a citare G. GEUENS, *Tous pouvoirs confondus - Etat, capital, et médias: l'ère de la mondialisation*, Anversa, 2003; S. HALIMI, *Le grand bond en arrière - Comment l'ordre libéral s'est imposé au monde*, Parigi 2004; J. HIRRSCH, *Der nationale Wettbewerbsstaat*, Berlino, 1995; H. JAMES, *Rambouillet, 15 novembre 1975. La globalizzazione dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1999; D. SCHILLER, *Digital capitalism. Networking the global market system*, Cambridge 1999. Per parte giuridica: S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003, soprattutto pp. 3-20; H. J. BERMAN, *The western legal tradition, in a millennial perspective: past and future*, in « Louisiana law Review », 60, 2000, p. 3.

nome della ricerca di valori universalizzanti dati dalle affinità insite in ciascuna cultura ma in nome di una imposta uniformità. C'è in Galgano il riflesso del Montesquieu de *L'Esprit des lois* che discute l'evoluzione e la variazione delle leggi in rapporto con una serie di fattori che oggi diciamo ecologici, economici, militari e culturali ma soprattutto delle *Lettres persanes* che facendo fare al lettore il giro del mondo gli fanno scoprire la relatività degli assoluti che si manifestano in diversi luoghi e in diversi tempi. Ma un tale riflesso si arresta al metodo e non affonda l'analisi sulle connessioni tra diritto e politica, sulle conseguenze socio culturali delle norme emanate, di qualsiasi fonte esse siano emanazione, sulla dinamica interna dei gruppi che formulano decisioni giuridiche o giuridicamente rilevanti, come le corti e le giurie, l'emergenza e la dinamica entro collettività di ogni forma di forme di diritto che si intersecano e si sovrappongono all'ordinamento giuridico statale (23).

E a questa carenza di profondità nell'indagine che si limita a utilizzare la tecnica dello specchio sulle dinamiche interne alle diverse fonti del diritto si appaia l'idea di un 'universalità che si confonde con l'uniformità. Scrive bene Jean Starobinski a proposito delle *Lettres persanes* che Montesquieu fa scoprire al lettore la relatività degli assoluti per fargli comprendere la necessità di « elevarsi all'universale, di sentire la sollecitudine cosmopolita che sostiene la felicità e la prosperità di tutti i popoli. Il terreno è preparato per il trionfo di concetti universali — Ragione, Giustizia, Natura — in nome dei quali potrà condannarsi ogni forma di fanatismo particolare e contro tutte le intolleranze regionali » (24). La babele dei diritti nazionali come descritta nel testo non è presa a paradigma di un'idea di universalità fondata su valori e credenze affini di culture giuridiche particolari ma sulla uniformità di un diritto che parla la stessa lingua, quella della *lex mercatoria*.

Mentre l'universale è un concetto della ragione e fonda una necessità, l'uniforme è un concetto della produzione, la cui sola giustificazione è la comodità. Francois Jullien ci fa avvertiti del pericolo di una confusione tra i due termini nell'era della globalizzazione.

L'universalità, basata su una koinè linguistica standardizzata (l'inglese bastardo, metafora della *lex mercatoria*) oltre a rendere illeggibili i singoli linguaggi delle diverse culture, poiché non procede ad alcuna ricategorizzazione effettiva è di fatto una uniformazione che « non potrà che ravvivare i particolarismi anzi i settarismi più ostinati ». L'universalità si ricostituisce a partire dal dissenso tra culture attra-

(23) L. GALLINO, voce *Diritto, Sociologia del*, in ID., *Dizionario di Sociologia*, 2^a ed., Torino, 2004, p. 230.

(24) J. STAROBINSKI, Préface, in Montesquieu, *Lettres Persanes*, Gallimard, 2003, pp. 21-22.

verso la comprensione della diversità che aprono al dialogo che è tale a partire dalle differenze enunciate « altrimenti si corre il rischio di vedere ricostituirsi, sotto la tautologia circostante, delle identità stolide perché chiuse » (25).

La *lex mercatoria* che si specchia nel diritto di Galgano, non è edificata dalla babele dei diritti nazionali né vi è ricavata a partire dalla loro decostruzione.

Essa allora è, per usare la metafora del filosofo francese, stolida uniformità (26).

3. *Transnazionalità del diritto: traduzione o decostruzione dei diritti nazionali?*

Ad una tale asserzione si potrebbe obiettare che nel libro non si perdono di vista le particolarità dei singoli diritti nazionali: si dà conto della transnazionalità dei diritti nazionali, evocando in particolare quello statunitense, analizzando gli effetti dello Sarbanes-Oxley Act del 30 luglio 2002 e dei suoi regolamenti attuativi, che afferma la applicabilità alle imprese americane anche quando si dislocano fuori dei confini nazionali, delle sue regole di trasparenza; si evidenzia il fenomeno di trasformazione dei singoli ordinamenti nazionali per adeguarsi ai contenuti della nuova realtà economica mediante arretramento delle istituzioni di democrazia rappresentativa e sopravvento delle autorità tecnocratiche vocate alla transnazionalità, e della centralità del contratto che prende il posto in precedenza occupato da multiformi tecniche di normazione degli Stati, si afferma che la società globale non è democraticamente governabile e che le organizzazioni interstatuali lungi dall'affermare la sovranità degli stati non più *uti singuli*, ma *uti soci*, sono paralizzate dalla difficile concertazione tra gli Stati stessi che non sono disposti a rinunciare alla loro sovranità; si evidenzia la disponibilità dei singoli ordinamenti allo *shopping* del loro diritto uno *shopping* praticato sia in ambito arbitrale sia nel campo delle obbligazioni contrattuali e offerto dalle singole legislazioni nazionali in competizione tra loro, anche a livello europeo.

(25) F. JULLIEN, *La decostruzione da fuori. Dalla Grecia alla Cina e ritorno*, « Aut-aut », 328, ottobre-novembre 2005, p. 86.

(26) Una sentenza di chi scrive (Trib. di Busto Arsizio 17 ottobre 2003) è citata nel libro insieme ad altre a sostegno del carattere universale della *lex mercatoria*. Quella sentenza è stata scritta avendo presenti diritti nazionali delle parti in contesa e diritto convenzionalmente scelto, convenzioni e trattati internazionali a partire dai quali si sono individuati principi universali applicabili per la soluzione del caso tenuto conto dei diritti in contesa.

A quest'ultimo proposito si dà risalto alla applicazione interna di una figura tipica del *common law*, quella del *trust* una figura che consentirebbe « di superare anche le contrarie norme di diritto interno aventi carattere imperativo »: proprio a partire da una tale esperienza si afferma che « globalizzare il diritto non significa necessariamente dare vita ad un unico diritto planetario. Questo varrà per i rapporti transnazionali, cui provvede la *lex mercatoria* e che « le lingue nazionali posseggono una ricchezza espressiva che nessuno può pensare di sopprimere, come nessuno può pensare di sopprimere i diritti nazionali ».

La stolidità uniformità della *lex mercatoria* non è messa in crisi dal capitolo aperto sulla transnazionalità. Se la *lex mercatoria* si impone come lingua uniforme la transnazionalità del diritto si afferma come la traduzione delle diverse lingue, traduzione intesa come opportunità neutra di transito che in certo modo annulla la pluralità delle lingue per mezzo di una lingua gerarchicamente precedente ogni altra: negli esempi del libro, ultranazionalità del diritto affidata ad *authorities* tecnocratiche, *shopping* del diritto, la lingua inglese. Afferma dunque una potenza livellatrice. Non interessa qui fare questione sulla traducibilità dei testi sulle tracce della polemica Croce /Gentile (27), né tanto meno porre il problema delle tecniche di traduzione sulle scie del messianico scritto di Benjamin (28), ma intendersi sul fatto che la pluralità e particolarità delle lingue esigono, per essere ricondotta alla comune radice universale di essere de- costruita. Opera questa che esige lo sforzo non comune di de- costruire la parola nel suo contesto specifico e di ri-costruirla nel nuovo contesto di riferimento.

L'operazione è dunque quella di smontaggio e rimontaggio del testo non tanto di semplice traducibilità di un testo *sic et simpliciter* da un contesto ad un altro. Questa operazione non è neutra: essa consiste nel decostruire la parola nel linguaggio dato smontandone la apparente univocità e ri-costruirla nel nuovo contesto secondo analoga operazione di de-costruzione del(i) suoi omologhi: si tratta dunque non già di una operazione neutra ma di una faticosa ricerca della radice comune dei linguaggi considerati.

Esempi di una tale operazione sono nella sentenza citata in nota 26: dove la parola « *legalisation* » è decostruita nel contesto di riferimento francese e ricostruita in contesto italiano mediante de-costru-

(27) B. CROCE, *Il giudizio di poesia su traduzioni* in Id., *Discorsi di varia filosofia*, vol. II, Bari, Laterza, 1945, pp. 70-94; G. GENTILE, *Il torto e il diritto delle traduzioni*, in « Rivista di cultura », I, 1.

(28) W. BENJAMIN, *Il compito del traduttore*, in Id., *Angelus Novus, Saggi e frammenti*, Torino, Einaudi, 1995, p. 39.

zione della locuzione « *vista di firma* »: la radice comune ai due linguaggi è quella di autenticazione di firma.

Quella che una traduzione neutra avrebbe conferito al termine '*legalisation*' in ambito interno il significato '*legalizzazione*' ne assume grazie alla decostruzione rispettosa dei diversi contesti di riferimento linguistico, uno ben diverso quello di '*autenticazione amministrativa*' con rilevanti conseguenze nell'economia del processo.

Così la lettura che nel libro è data dello *shopping* del *trust* appare ingenuamente semplificatoria.

Non ci sembra che il *trust*, come affermato nel testo, consenta di superare le contrarie norme di diritto interno aventi carattere imperativo.

Proprio la costante posizione giurisprudenziale che ha dichiarato illecito il *trust* là dove contrastante con i divieti successori, ha dato adito a discussioni sulla traducibilità *tout court* del *trust* in ambito interno e proprio a partire da un procedimento decostruttivo dell'istituto di *common law* e ricostruzione mediante il medesimo procedimento in ambito continentale utilizzando il paradigma della *fiducia* in ambito successorio si è ravvisato un comune fondamento nei sistemi di *civil law* e di *common law* alla segregazione patrimoniale: il *trust* ben può essere ricostruito nella *fiducia* sotto il profilo dello status del fiduciario e dei beni che, a lui affidati dal fiduciante ne vedono scissa la proprietà dall'esercizio delle prerogative proprietarie e della gestione⁽²⁹⁾. Lo *shopping* si traduce in un'opera semplificatoria che tende a stabilizzare anche in maniera epidermica ciò che la comparazione mediante decostruzione riesce a far diventare storicamente fluido: declinazione per il pluriverso e contemporaneamente per quella singolarità irriproducibile che solo attraverso il rilevamento di una plurivocità di piani è fatta affiorare. È ricorrendo a un tale metodo che si scongiura il mero artificio tecnico dello *shopping* e nello stesso tempo si fa professione di cosmopolitismo. Decostruzione significa eccedenza della centralità dell'etnico, come quanto è più proprio di un popolo: una cultura, una religione, una lingua, un diritto⁽³⁰⁾.

Questa transnazionalità ha i suoi miti e i suoi riti: come le *authorities* tecnocratiche. Esse dovrebbero per la verità essere l'espressione di un decisionismo politico che si libera dai vincoli territoriali e procedurali propri degli organismi politici rappresentativi: le regole espresse dalle autorità non dovrebbero essere oggetto di applicazione da parte

(29) A. PALAZZO, *Leggendo il libro Minister ultimae voluntatis di Treggiari: problemi antichi e nuovi della « fiducia »*, in « Rivista di Diritto Civile », II, 2005, 2, pp. 118 ss.

(30) Spunti in D. GIUGLIANO, *Jacques Derrida. Resistenza*, in « Aut-aut », cit., pp. 59-64.

della magistratura ordinaria e dovrebbero assumere decisioni di politica economica altrimenti di competenza di parte politica.

Non è così: le regole fissate dalle *authorities* sono applicate dalla magistratura ordinaria e queste non prendono decisioni di politica economica ma si limitano a autoregolamentare determinate aree di attività o d'affari con poteri autoritativi o sanzionatori. La loro indipendenza si esprime per il tramite dell'esercizio di un potere discrezionale che porta alla autolegittimazione.

Regole soggette al sindacato giurisdizionale parrocchiale e esercizio di una sorta di magistratura economica di stampo parrocchiale anch'essa le *authorities* nazionali sono ben lungi dal poter assicurare una disciplina della globalizzazione economica ⁽³¹⁾.

4. *Le fonti del diritto globale: contratto e iurisdicchio.*

Lo *shopping* di modelli e figure parto dei diversi ordinamenti e la transnazionalità ordinamentale segnano i percorsi del diritto nella globalizzazione: come s'è detto essi sono seguiti con l'occhio del naturalista che ne segue le tracce. Altra la questione delle fonti di quel diritto e della sua legittimazione. Si annovera nel libro tra le fonti del diritto il contratto ma riscontratine i limiti prescrittivi e di legittimazione *erga omnes* si addossa al giudice l'ultima parola che del contratto sancisca e prescrittività e legittimazione predicando dell'esito ultimo del processo, la pronuncia giudiziale le medesime caratteristiche ascritte alla fonte legislativa: certezza e astrattezza. L'imperativo da soddisfare è la nomofilachia l'obbligo del giudice di attenersi al precedente. Egli diventa non già la *bouche de la lois* ma la *bouche du droit*.

Vediamo più in dettaglio questo discorso.

I contratti della globalizzazione sono per lo più contratti atipici che hanno carattere in campo internazionale uniforme e sono il prodotto della attività delle *law firms*. La loro validità transazionale è affidata al giudizio delle Corti che conoscono del diritto straniero eventualmente applicabile al contratto e applicano principi generali non solo interni ma di civiltà giuridiche affini e in tale ottica sono inclini a giudicare della legittimità dei contratti. È dunque la giurisprudenza che apre le frontiere nazionali alla circolazione internazionale delle figure giuridiche e il giudice diventa organo della società civile globale. Il contratto si spinge allora a prendere il posto della legge in molti settori della vita sociale: si citano ad esempio l'autodisciplina pubblica-

⁽³¹⁾ Spunti in G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, Milano, Adelphi, 2003, pp. 99-113. Ove dubbi sulla efficacia della internazionalizzazione delle *authorities* e si vagheggia una unica *authority* sovranazionale.

ria, quella urbanistica, quella professionale. Il contratto quale fonte del diritto incontra però dei limiti: la validità *intra partes*; la patrimonialità delle prestazioni dedotte nel suo oggetto e la sola negoziabilità dei diritti disponibili, il carattere solo patrimoniale delle sanzioni contrattuali i.e. clausole penali.

Se le corti legittimano i contratti atipici internazionali e dunque il carattere di fonte del diritto del contratto, esse divengono a loro volta fonti di diritto uniforme grazie al cosmopolitismo dei giudici.

Un tale cosmopolitismo va assommato anche al progressivo imporsi della *iurisdictio* sulla *legislatio*.

I caratteri distintivi della legislazione vengono passati in rassegna con marcato riferimento alla situazione continentale: essa è mero strumento di azione politica, non già come per l'innanzi criterio di normazione generale ed astratta ispirato ad una visione di insieme della società.

La legge è oggi strumento di governo della società civile è soppiantata quale fonte del diritto dalla giurisdizione, una giurisdizione concepita come funzione creativa del diritto che deve rispondere a due esigenze: certezza e adeguamento alla realtà.

La certezza soddisfa un'esigenza non solo giuridica ma anche economica: essa è a ritrovarsi non tanto nella fedele applicazione della esperienza giudiziale alla legge quanto nella prevedibilità del futuro comportamento dei tribunali fondata sul principio dello *stare decisis*. Un principio che oscillante giurisprudenza e interpretazione *stricti iuris* dell'art. 101 comma 2 della Costituzione tesa a mettere in sordina l'art.65 dell'Ordinamento Giudiziario italiano mettono a repentaglio tanto che si preconizza ⁽³²⁾ una legge che codifichi la nomofilachia e introduca tra i motivi di ricorso per Cassazione la contrarietà immotivata della sentenza di merito ai principi fissati dalla Corte

Regolatrice, precisando altresì che il giudice di merito incorre in vizi di motivazione se disattende immotivatamente i propri precedenti. Da dove ripete la legittimazione il diritto di fonte giudiziale? Nel procedimento di formazione della decisione e dunque nel rispetto del principio del contraddittorio. Il principio del contraddittorio è considerato principio omogeneo al *quod omnes tangit* della società politica, ossia alla regola democratica. E trova il suo fondamento Costituzionale nell'art. 111 Cost. che lo eleva a valore costituzionalmente protetto che va letto insieme all'art 24 che sancisce il diritto alla difesa come diritto inviolabile. L'art. 24 non costituisce solo un limite garantista ai poteri dell'autorità giudiziaria ma assurge a fondamento della amministrazione stessa della giustizia. In questa luce anche lo *stare decisis* assume

(32) Sempre da Galgano, non nel libro in rassegna ma in F. GALGANO, *Stare decisis o no nella giurisprudenza italiana*, in « Contratto e Impresa », 1, 2004, p. 1 ss.

un significato non meramente tassonomico ma animato da biologica vitalità: la sentenza che si adegua ai precedenti è pur sempre frutto di un contraddittorio nel corso del quale sono legittime operazioni che non sono consentite nella applicazione della legge. Una tale tassonomia (il cui carattere tautologico si sarebbe potuto rilevare in una giurisdizione oggi prevalente sulla legislazione il cui fondamento fosse insito nel carattere ermeneutico svolto sui testi che si fosse arrestato ad un esame tassonomico di fonte non legislativa ma giurisprudenziale) ⁽³³⁾ è frustrata dalla convinta adesione alla tradizione ermeneutica dei testi giuridici ⁽³⁴⁾, in specie sulla sentenza ritenuta, con il contratto il testo normativo di più diffusa interpretazione nella società globale. Nel libro ben si metta in evidenza la necessitata prevalenza nell'*opus* interpretativo della enucleazione della *ratio decidendi* sugli *obiter dicta* fornendo al lettore interessanti indicazioni metodologiche, ma ci pare traluce con forza l'idea che stava a fondamento del ragionamento di Gino Gorla ⁽³⁵⁾, che metteva in chiaro come il giudice non tenda a fissare principi astratti e generali, ma la regola del caso e come la sentenza sia la soluzione di un problema giuridico (di creazione-applicazione del diritto) che il fatto presenta, fatto che può essere tipizzato, allo scopo di trarre dalla sentenza una norma o *rule* anche come mera prevedibilità di un fatto futuro, un fatto che bisogna conoscere perché non sia sostituito da una fattispecie astratta, che sarà tanto più astratta quanto meno si conosca il fatto concreto. Insomma la massima giurisprudenziale in cui si sclerotizza la biologica vitalità della *ratio decidendi* non può stare a fondamento dello *stare decisis*.

Sullo sfondo dell'esercizio ermeneutico che porta alla sentenza nel rispetto del contraddittorio stanno le clausole generali in materia di contratto. Dal contratto come fonte normativa si parte e attraverso la sua legittimazione tramite pronunzia giudiziale si ritorna: è alle clausole generali in tema di contratto che bisogna guardare al fine di condurre utilmente il procedimento interpretativo.

Le pagine in tema di *iurisdictio* sembrano abbandonare la visione naturalistica della globalizzazione che si specchia nel diritto: la pas-

⁽³³⁾ Una critica in tal senso avevo mosso al saggio di Galgano apparso su Contratto e Impresa citato alla precedente nota 30, in una recensione apparsa in « Vita Notarile », 1, 2005, pp. 1466-1468. Quel saggio mancava di un seguito, quello che nel libro qui in rassegna va sotto il titolo di *L'interpretazione del precedente*, pp. 140-155 che falsifica i miei argomenti critici.

⁽³⁴⁾ Sul punto mi permetto di rimandare per una più ampia rassegna della questioni in tema a quanto ho scritto di recente in tema di documento giuridico: A. BORTOLUZZI, *Frammenti di un discorso sul documento giuridico*, in « Vita Notarile », 1, gennaio-aprile 2005, pp. 430-442.

⁽³⁵⁾ In un commento apparso su « Foro Italiano », 1964, V, p. 73.

sione del pratico avvocato prevale in queste pagine affascinanti sull'algido punto di osservazione dello scienziato accademico. Ma come si dirà in seguito prevale anche in questa sede l'idea dello specchio di cui sopra si è discusso. Verrebbe da dire con Cocteau: gli specchi dovrebbero riflettere un momentino, prima di riflettere le immagini ⁽³⁶⁾.

5. *L'impresa globale, comunità e istituzione.*

Il contratto domina la scena della organizzazione dell'impresa globale. Nel libro si difende la natura contrattuale del fenomeno societario analizzando il fenomeno della *holding* per cui si strutturano i gruppi di società quale forma giuridica propria della grande e media impresa del nostro tempo. L'unicità di una tale forma di impresa scontata sotto il profilo economico veniva messa in crisi dalla interpretazione giuridica del fenomeno disposto a riconoscere una sola pluralità di società tra loro interrelate ma giuridicamente distinte. L'analisi condotta non premia la visione istituzionalistica del fenomeno societario per ricondurre il fenomeno della organizzazione dei gruppi in ambito unitario né tanto meno quella del *nexus of contracts* propria della analisi economica del diritto ma di un rispetto della concezione contrattualistica della società propria del codice civile fuori da ogni attrazione all'orbita autoritativa del tipo, che trova il suo fondamento storico nella idea della *communio panis et vitae* della compagnia medievale, che sta alla radice comunitaristica e insieme istituzionale del fenomeno societario combinando unità con pluralità ⁽³⁷⁾: se una medesima impresa può essere imputata a più soggetti quali altrettanti imprenditori allora una medesima impresa può essere scomposta nelle sue diverse funzioni, ciascuna delle quali assegnata ad un diverso imprenditore. Unità dunque nel rispetto della pluralità di soggetti per mezzo dei quali è organizzata l'unica attività di impresa. Tra le righe sembra qui di leggere la nozione di persona giuridica messa in luce da Tullio Ascarelli che concilia concezione istituzionale e comunitaria del fenomeno societario « con persona giuridica vogliamo solo brevemente indicare una disciplina normativa poi risolubile in norme pur sempre concernenti relazioni tra uomini » ⁽³⁸⁾.

Una disciplina normativa che è il frutto, nel caso della disciplina

⁽³⁶⁾ J. COCTEAU, *Des beaux arts*.

⁽³⁷⁾ Mi permetto di rinviare a quanto ho scritto in proposito A. BORTOLUZZI, *Sulla natura giuridica delle partecipazioni societarie*, in ID., *Forma e mercato*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 123-146.

⁽³⁸⁾ T. ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi della società*, in ID., *Problemi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1959, Tomo I, pp. 236-242.

dei gruppi, non già nella legge ma di un atto di autonomia riconosciuto per via giurisprudenziale.

Il fenomeno societario capitalistico di impronta prevalentemente istituzionale come modellato in sede di analisi storicistica in *Lex mercatoria* ⁽³⁹⁾, ci sembra subire nell'analisi condotta sul fenomeno dei gruppi societari nel libro un *revirement* non solo a causa del gioco degli specchi della globalizzazione nel diritto, ma anche per la probabile influenza esercitata sull'Autore dalle letture di Berman a proposito delle concezioni canonistiche del diritto societario ⁽⁴⁰⁾, che anch'esse conciliano tra loro la concezione istituzionale e comunitaria.

6. *Persona e negozio, le verità nascoste della globalizzazione.*

Chi è il grande assente della globalizzazione che si specchia nel diritto nel libro di Galgano? L'uomo o meglio per usare il linguaggio giuridico, il soggetto, la persona. Esso non merita nel testo, che qualche fugace apparizione. Eppure la globalizzazione vista nello specchio del diritto ci dà molteplici evidenze del fatto che il ritrarsi dello Stato dal governo diretto degli individui ha modificato non solo il suo rapporto con il cittadino ma ha sconvolto l'idea stessa di cittadinanza e di soggettività giuridica. Se l'*homo oeconomicus* era il soggetto privo di vincoli, il cittadino era colui che agiva nell'area della autorità. Se il mercato era il luogo della libertà, lo Stato era il luogo fisico e psichico entro il quale si esercitava l'autorità. Oggi soggettività giuridica e soggettività economica non sono più distinte forme di esercizio della individualità. Il governo a distanza individualizza la *governamentalità* intesa come insieme di pratiche attraverso le quali si può costituire, definire, organizzare, istruire le strategie che ciascun individuo nella sua libertà può avere nei confronti dell'altro ⁽⁴¹⁾. Questa parcellizzazione della sovranità in cui si incarnava l'unitaria soggettività giuridica titolare di diritti astratti e generali, ascrivibile ad un canone di persona altrettanto astratto e generale, implica parcellizzazione della soggettività in un pluriverso di individualità titolari di diritti in rapporto non già ad una impersonale e astratta capacità ma alle

⁽³⁹⁾ F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 76-79.

⁽⁴⁰⁾ H. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, ed. it., Bologna, Il Mulino, 1998, pp. 260-270.

⁽⁴¹⁾ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione, Corso al College de France (1977-1978)*, Milano, Feltrinelli, 2005; e Id., *Nascita della biopolitica, Corso al College de France (1978-1979)*, Milano, Feltrinelli, 2005.

single capacità degli individui ⁽⁴²⁾. L'esercizio dei diritti politici propri di queste individualità trova rivoluzionate le procedure rappresentative per mezzo delle quali si istituiva l'unità anche simbolica della collettività, nonché il popolo è ridotto ad opinione pubblica e la delega rappresentativa propria delle procedure istituzionali di suffragio viene sostituita dal sondaggio. Lo Stato viene sostituito da un'idea di nazione basata sulla sua identità naturale, l'idea di comunità da procedure di riconoscimento collettivo in miti e simboli di tipo televisivo, le comunità di emozione ⁽⁴³⁾. L'esito ultimo di questo progressivo venire meno degli ancoraggi propri della sovranità, una sovranità alla ricerca di un popolo divenuto introvabile è la progressiva mercificazione della macchina legislativa che soddisfa una domanda delle diverse *lobbies* di interessi in cui si rappresentano le singole disperse individualità, il cui esito funzionale è l'offerta rappresentata da provvedimenti legislativi che sono esposti quali merci sugli scaffali mediatici, merci il cui gradimento è misurato tramite sondaggio.

Queste leggi sono vuote di contenuti prescrittivi perché si limitano a perimetrare, utilizzando un linguaggio solo descrittivo, il campo della autonomia individuale. Ma l'autonomia esige spazi aperti e fermi, insomma che l'idea di sovranità sia ricostruita a partire dal senso dei limiti ristabilendo delle continuità o dei passaggi tra un dentro e un fuori rifuggendo alla vana ubriacatura della mobilità e dei flussi del fuori ma anche alla stagnazione e alla rigidità del dentro. Sfuggire alla gerarchizzazione del dentro e del fuori, instaurare un equilibrio tra i due, significa trovare un luogo di mezzo: è in quel luogo di mezzo che sta il diritto ⁽⁴⁴⁾.

Riedificare la sovranità a partire dalla individualità basandola su valori non già uniformi ma universali, edificati a partire dalle singole capacità ⁽⁴⁵⁾, esige parlare di diritti. Si tratta di una ri-edificazione della sovranità individuale non più astratta ma concreta, che si rende concreta a partire dalle *chances* offerte al singolo di un effettivo esercizio dei diritti scritti nei libri, attingendo l'universale a partire dal particolare, sulle tracce di Montesquieu. Questa atomizzazione della persona nelle persone biologicamente intese si fonda sull'esercizio dei diritti e sulla assunzione dei corrispettivi obblighi a partire dalle singole capacità ri-collocando al centro della scena giuridica il soggetto inteso non per la sua corrispondenza a caratteri astratti normativamente fissati ma per le sue peculiari caratteristiche. È un diritto che, qui sta l'inedito,

⁽⁴²⁾ Mi permetto di rinviare al libro *L'Amministrazione di sostegno, Applicazioni pratiche e giurisprudenza*, sotto la direzione di A. BORTOLUZZI, Torino, UTET, 2005.

⁽⁴³⁾ P. ROSANVALLON, *Il popolo introvabile*, Bologna, Il Mulino, 2005.

⁽⁴⁴⁾ J. DONZELOT, *Eloge de la mobilité*, « Esprit », Décembre 2005, pp. 44-55.

⁽⁴⁵⁾ M. NUSSBAUM, *Aristotele, Politics and human capabilities*, in « Ethics », 111, pp. 102-104; A.K. SEN, *La diseguaglianza, un riesame critico*, Bologna, Il Mulino, 1994.

deve fare i conti anche con i sentimenti come il disgusto e la vergogna ⁽⁴⁶⁾. Il partire dalla individualità nella statuizione e nel concreto esercizio dei diritti consente di mettere in scacco i sospetti di conculcazione tramite forza dei diritti universali che allora diventerebbero strumento di imposta uniformità ⁽⁴⁷⁾. Nel 1999 il membro della Corte Suprema degli Stati Uniti Stephen Breyer scrivendo una *dissenting opinion* nel caso Knight contro Florida ha preso a base della suo convincimento diritti propri degli ordinamenti della Jamaica, India, Zimbabwe e della Corte Europea dei diritti dell'uomo scrivendo « un numero crescente di tribunali fuori dagli Stati Uniti ha stabilito che una lungo ritardo nel dare esecuzione ad una pena di morte rende l'esecuzione della pena inumana, degradante e inusualmente crudele » ⁽⁴⁸⁾. E il giudice della medesima corte Anthony Kennedy sostiene che « Se noi stiamo chiedendo al resto del mondo di adottare la nostra idea di libertà, mi sembra che si debbano applicare in questo campo criteri di mutualità e cioè che altre nazioni e altri popoli possono interpretare e definire la libertà secondo modalità che possono esserci istruttive » ⁽⁴⁹⁾. Un discorso autenticamente universale non può prescindere nell'esame della transnazionalità della *iusdictio* quale fonte normativa globale, dalla persona e dunque dai diritti. Se la *iusdictio* considerata come fonte di diritto non può prescindere dal discorso sui diritti, anche la *lex mercatoria* vi soggiace: essa non supererà l'esame di giustizia là dove contravenga ai principi propri dei popoli liberali ⁽⁵⁰⁾. L'elusione di questo discorso porta anche alle in certo modo inappaganti considerazioni intorno alla centralità del contratto inteso quale artificiale e impersonale strumento di regolazione degli assetti di interessi dei consociati. La crisi dell'idea di soggettività comporta anche crisi dell'idea di contratto inteso per le sue caratteristiche di calcolabilità, artificialità, astratta ripetibilità e delle sue connotazioni che nel libro sono denunciate come vincoli alla sua piena ascrivibilità alla dignità di fonte del diritto.

A noi sembra che il discorso sulle soggettività di cui abbiamo parlato implichi di dover non tanto cercare di ricondurre l'attività del

⁽⁴⁶⁾ M. NUSSBAUM, *Nascondere l'umanità, Il disgusto, la vergogna, la legge*, Roma, Carocci, 2005.

⁽⁴⁷⁾ Diamo qui conto delle osservazioni critiche sui diritti umani contenute nel testo di S. ZIDEK, *Contro i diritti umani*, Milano, Il Saggiatore, 2005, e su quella che viene definita dall'Autore la « trappola » dell'universalismo di P. BARCELLONA, *Critica alla ragion laica*, Troina, Città aperta, 2006, p. 90.

⁽⁴⁸⁾ J. TOOBIN, *Swing shift*, « The New Yorker », september, 12, 2005, p. 43.

⁽⁴⁹⁾ Ivi, p. 50.

⁽⁵⁰⁾ J. RAWLS, *Il diritto dei popoli*, Torino, Edizioni di Comunità, 2001. A proposito del quale la mia lettura in questa Rivista, 2001, pp. 669-688.

soggetto al contratto quanto di ri-pensare alla radice negoziale del contratto quale fonte di diritto. Il negozio giuridico ben si presta ad eccedere l'impersonalità delle tecniche contrattuali basate sullo scambio di prestazioni regolando interessi che sia pur ascrivibili al campo della computabilità economica investono sfere altre come quelle attinenti la sfera personale o la gratuità⁽⁵¹⁾. E dunque di soddisfare anche le esigenze delle *reti relazionali* che in sede locale attuano forme di resistenza e sopravvivenza alle dinamiche dello sviluppo economico globale⁽⁵²⁾, attraverso transazioni caratterizzate dal dono e dai rituali oblativi. D'altro canto una delle realtà della globalizzazione che si specchia nel diritto è anche quella delle migliaia di associazioni *no profit* e non governative le così dette INGO che includono organizzazioni che hanno come scopo il progresso della medicina, della salute, dei diritti umani, della pace mondiale, dei diritti civili e politici, e si prefiggono per scopo la carità e l'assistenza, le politiche di difesa ambientale, organizzazioni capaci di istituire ambiti regolativi autonomi⁽⁵³⁾.

Questo ritorno al negozio giuridico è percepibile in più settori dell'Ordinamento interno: cito qui senza pretesa di esaustività le nuove regole in tema di crisi dell'impresa, quelle del diritto societario con particolare riferimento alle società di capitali chiuse, quelle dei contratti dei consumatori, quelle in tema di conciliazione e di patti di famiglia.

Solo la radice convenzionale⁽⁵⁴⁾ e dunque soggettiva del negozio riesce a dar conto di un esercizio dei diritti basato sulle singole capacità, ciò che riesce a giustificare anche le asimmetrie informative tra le parti il cui esame dovrebbe essere fondante di una interpretazione del contratto fondata sul principio di correttezza o per usare la terminologia globale della *gross disparity* e dell'*hardship* e a far considerare il risultato del negoziare il raggiungimento di una posizione di equilibrio basato su ragioni giuste⁽⁵⁵⁾. Solo un contenitore duttile all'impiego

(51) In sintonia questo discorso anche se l'Autore non si avventura in questioni qualificatorie quale quella qui tentata N. LIPARI, *Diritto e valori*, cit., pp. 112-133.

(52) Su queste reti vedi le letture sociologiche di S. LATOUCHE, *Come sopravvivere allo sviluppo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2005 e di I. ILLICH, *La convivialità. Una proposta libertaria per una politica dei limiti dello sviluppo*, Milano, Boroli, 2005.

(53) H. BERMAN, *The western legal tradition*, cit.

(54) Mi è accaduto di notare come anche le moderne tecniche contrattuali e in particolare quelle della c. d. « predisposizione materiale », non facciano venire meno la radice convenzionale dell'accordo anche sulla traccia di letture romanistiche in A. BORTOLUZZI, *Forme linguistiche, mercato e contratto*, in Id., *Forma e Mercato*, Torino, Giapicchelli, 2000, p. 59.

(55) L'accordo negoziale è vincolante in quanto l'incontro di decisioni sia il frutto

non solo per lo scambio di prestazioni come quello negoziale può rendere possibile il pensare al contratto come fonte del diritto capace di ascrivere a sé atti o attività che non sono proprie dello scambio patrimoniale.

Solo il negozio riesce a dar conto del carattere prescrittivo *erga omnes* di un contratto tipico non perché legislativamente tipizzato ma perché conforme al principio di giuridicità ordinamentale ⁽⁵⁶⁾.

È il carattere negoziale del procedere processuale che rende legittimo in senso istituzionale democratico il provvedimento giurisdizionale. È il carattere monumentale della sentenza che ne rende possibile una interpretazione evolutiva ⁽⁵⁷⁾ quale tipo non tassonomico ma animato da biologica vitalità.

Se nel libro per giustificare la unità del fenomeno societario di gruppo si rivedono posizioni neo- istituzionalistiche datate, sul piano del contratto sembra non si voglia compiere analogo passo.

Il negozio giuridico per l'innanzi criticato perché sostenuto da « una filosofia persuasiva, con la quale la classe dominante mira a coinvolgere nei propri disegni la classe antagonista » sembra oggi l'unico strumento utilizzabile per bilanciare lo strapotere del c.d. 'contraente forte' e riprende attualità a causa del venire meno dell'unità del soggetto giuridico, ciò che era preso a pretesto per giustificarne la morte ⁽⁵⁸⁾.

Questo discorso sulle persone e sul negozio giuridico sta fuori dal libro di cui parliamo. O meglio si fa intravedere tra le sue righe. Si dirà che questa lettura non tiene conto del suo titolo. Ci si proponeva di fare la storia della globalizzazione usando lo specchio del diritto. Il titolo dell'opera denunciava la sua marcata caratteristica divulgativa e naturalistica solo contraddetta in fase di enunciazione dei suoi principi ispiratori da una certa adesione al realismo. Va detto per rispondere al

di una raggiunta posizione di equilibrio quello che i sociologi sono soliti definire un c.d. equilibrio non cooperativo. Vedi C. BICCHIERI, *Azione collettiva e razionalità sociale*, Milano, Feltrinelli, 1998.

⁽⁵⁶⁾ Di tipo giuridico storico, in quanto ripetuto nella storia del tempo mi è occorso descrivere in A. BORTOLUZZI, *Frammenti di un discorso sul documento giuridico*, in « Vita Notarile », 1, 2005, p. 434 ove si dà la nozione di tipico in riguardo al negozio là dove esso sia meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

⁽⁵⁷⁾ « L'opera interpretativa che il giurista compie sui suoi monumenti implica la loro decostruzione al fine di metterne in luce le intime strutture e di collocarle entro il sistema mediante un'opera di ricostruzione riconducendo i 'motivi' sociali frutto della creazione individuale e della sua reiterazione ai tipi giuridici »: così mi è accaduto di scrivere, in *Frammenti*, cit., p. 439.

⁽⁵⁸⁾ F. GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico* in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 70 e 85.

quesito che ci siamo posti in limine a questo scritto, che la globalizzazione non è entrata nello spettro del fotografo, ma nello specchio dell'osservatore Galgano. E sotto questo profilo ha colto nel segno. Eppure rimaneva in noi che guardiamo all'Autore come a chi ha sempre saputo aprire luci nell'angustia interpretativa e nel *facere* della giurisprudenza, non solo italiana, man mano che procedevamo nella lettura, un che di inappagato. In fondo al libro però la chiave interpretativa dell'opera: « La verità non è universale è spazio temporale » afferma l'Autore citando il curioso episodio di un viaggio in cui gli si chiedeva di recitare la parte di un Galgano datato e diverso dal Galgano d'oggi, ciò che egli fece per non disilludere l'uditorio di un paese lontano. Due Galgano dunque a seconda dello spazio in cui egli si trovava. Nello spazio del libro si dà conto allora solo di una delle molteplici verità del suo Autore sulla globalizzazione. Noi inappagati abbiamo cercato leggendo le sue pagine di scoprirne altre usando del libro come di uno specchio nel senso di Rilke « Specchi: quel che voi nell'essenza siete / non fu ancora scientemente descritto. / Voi gli interstizi del tempo, una rete /siete di fori in un crivello fitto » (59).

(59) R.M. RILKE, *I Sonetti a Orfeo*.

ALBERTO GARGANI

DIRITTO PENALE E VERITÀ MORALE.
UNA TELEOLOGIA DELLA 'VITA SOCIALE'

(a proposito delle *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*
di Aldo Moro)

1. Il pregnante significato della pubblicazione delle *Lezioni* morotee. — 2. Il substrato filosofico. — 3. I caratteri delle *Lezioni*. — 3.1. Il legame morale tra reato e pena: la visione etico-retributiva. — 3.2. La rappresentazione della realtà sociale nella norma. — 3.3. Il processo di interpretazione: la traduzione della norma nella realtà sociale. — 3.4. L'umanità e la libertà di scelta quali presupposti della capacità giuridica. — 3.5. Il 'volto morale' del soggetto quale misura della pena. — 3.6. La reiterazione criminosa tra personalità morale e pericolosità sociale. — 3.7. La concezione del reato. — 3.8. La volontà come illuminazione. — 4. Uno sguardo d'insieme.

1. *Il pregnante significato della pubblicazione delle Lezioni morotee.*

A novanta anni dalla nascita dello statista pugliese, la recente pubblicazione (2005), ad opera dell'editore Cacucci di Bari, delle *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale* tenute da Aldo Moro nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Roma, appare densa di significati e di riflessi, che trascendono il mero piano storico. Come viene osservato nella limpida e ricca presentazione di Giuliano Vassalli, che dell'opera penalistica di Aldo Moro deve essere certamente considerato il più attento e sensibile interprete, la pubblicazione di queste lezioni universitarie si rivela di sicuro interesse per gli studiosi di diritto penale, nella misura in cui consente di « conoscere con maggior completezza e nella totale autenticità il pensiero penalistico di un grande cultore della materia » ⁽¹⁾.

(1) VASSALLI, *Presentazione*, in A. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e proce-*

Le lezioni di *Istituzioni di diritto e procedura penale* tenute da Aldo Moro nella Facoltà di Scienze politiche dell'ateneo romano, erano state fino ad oggi tramandate oralmente dai suoi assistenti (2). Ciò aveva impedito di ricostruire in modo organico e unitario l'impostazione teorica dell'autore, soprattutto in relazione ai temi di parte generale non trattati *ex professo* nell'ambito degli studi monografici (3). Come è noto, la produzione penalistica di Aldo Moro è costituita, in primo luogo, da quattro monografie — *La capacità giuridica penale* (1939); *La subbiettivizzazione della norma penale* (1942); *L'antigiuridicità penale* (1947) e *Unità e pluralità di reati* (1951) (4) — pubblicate nell'arco di circa dodici anni, in corrispondenza dei vari stadi di progressione accademica, cui si aggiungono vari scritti 'minori' (tra cui si ricordano due saggi in materia di delitti contro l'onore: *Osservazioni sulla natura giuridica dell'"exceptio veritatis"* e *Ancora sulla natura giuridica della 'exceptio veritatis'*) (5).

Il merito di questa pregevole iniziativa editoriale (che, in chiave storica, colma una vera e propria lacuna), deve essere attribuito al devoto allievo Francesco Tritto, il quale, adempiendo ad un antico voto, ha trascritto fedelmente le registrazioni effettuate, in qualità di assistente, durante il corso di *Istituzioni di diritto e procedura penale*. Il materiale didattico è preceduto da un'ampia introduzione dello stesso Tritto, che ripercorre l'intensa attività di insegnamento svolta dal maestro, evidenziandone l'alto valore metodologico e morale. Quello di Aldo Moro professore di diritto penale è un profilo sovente rimasto in ombra, che si iscrive in una personalità che aveva saputo fondere e ar-

dura penale, raccolte e curate da F. Tritto, Bari, 2005, p. 34 e s. (pubblicata, altresì, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 2005, 780 ss.).

(2) V. VASSALLI, *Le funzioni della pena nel pensiero di Aldo Moro*, in AA.VV., *Aldo Moro e il problema della pena*, Bologna, 1982, p. 55.

(3) L'assenza di un contributo organico e unitario sulla pena era stata, ad es., sottolineata da MARTINAZZOLI, *Introduzione*, in AA.VV., *Aldo Moro e il problema della pena*, cit., p. 9.

(4) Sulla produzione scientifica di Aldo Moro in materia penale, e in particolare sugli studi monografici, v. VASSALLI, *L'opera penalistica*, in AA.VV., *Cultura e politica nell'esperienza di Aldo Moro*, a cura di P. Scaramozzino, Milano, 1982, pp. 23 ss.; ID., *L'opera penalistica di Aldo Moro*, in AA.VV., *Crisi o collasso del sistema penale?*, (Atti del convegno Cassino 29 maggio 1998), a cura di F.S. Fortuna e F. Tritto, Cassino, 2002, pp. 21 ss.

(5) Pubblicati rispettivamente in « Riv. it. dir. proc. pen. », 1954, p. 3 ss. e in *Arch. pen.*, 1955, p. 23 ss.; ad essi si aggiungono gli scritti *Rapporti tra tutela civile e tutela penale in materia di inosservanza di norme disciplinanti i rapporti di lavoro*, in « Giust. pen. », 1943 e *Sul fondamento della responsabilità giuridica dell'estraneo che partecipi a reati propri*, in « Giur. it. », 1948, IV, pp. 25 ss.

monizzare la multiformità e la ricchezza della propria esperienza umana, politica e scientifica, in un unitario, elevato, impegno esistenziale (6). Nello 'strappare' al concomitante e gravoso ufficio di presidente del Consiglio dei Ministri, il tempo necessario ad insegnare ai propri allievi i fondamenti del diritto penale sostanziale e processuale, Moro mostra una dedizione ed un'attenzione umana (7), che, retrospettivamente, rendono ancora più tragico il senso del suo destino.

Le *Lezioni* appena pubblicate consentono di cogliere spunti di riflessione di particolare incisività e originalità. Sono, in particolare, alcune rappresentazioni metaforiche, volte ad agevolare la comprensione della parte generale del diritto penale, a rendere viva e stimolante la trattazione, con un'armonia interna di toni e di timbri, che avvolge l'eloquio, denso e ispirato, del docente: il supporto audio che arricchisce il volume, consentendo di riascoltare la voce di Aldo Moro *ex cathedra*, rappresenta uno straordinario contributo alla sua memoria. L'impressione destata è quella di un insegnante non convenzionale, dotato di personalità carismatica, il cui pensiero, 'avvolgente' e 'circolare', trasmette una visione di insieme dei problemi, che tende a radicare il discorso penalistico nel più ampio contesto della teoria generale del diritto. Il 'tessuto connettivo' in cui le singole lezioni sono calate trascende i confini e i limiti della mera esposizione accademica, esprimendo un *pathos*, una tensione etica, di straordinaria suggestione; l'illustrazione degli istituti giuridici alla luce chiarificatrice della spiritualità dell'uomo imprime, infatti, a taluni passaggi delle *Lezioni* un registro quasi intimistico, coscienziale.

Con questa opera si completa il ciclo di pubblicazioni delle lezioni morotee. Nell'ottobre del 1978, lo stesso editore barese aveva, infatti, dato alle stampe il testo che Aldo Moro aveva tratto dai corsi di lezione di filosofia del diritto tenuti nell'ateneo barese tra il 1944 e il 1947: le *Lezioni di Filosofia del diritto tenute presso l'Università di Bari - Il diritto (1944-1945)*, da un lato, e gli *Appunti sull'esperienza giuridica - Lo Stato (1946-1947)*, dall'altro. Espressione di una maturità umana e scientifica di impressionante precocità, il predetto volume riflette la concezione dell'ordinamento giuridico e dell'apparato statale, quali istituzioni al servizio della dignità dell'uomo, dei valori della persona, secondo una visione già sperimentata sul versante penale. Tra le lezioni baresi e quelle romane è, in effetti, ravvisabile una tale continuità di valori e una tale circolarità di prospettive, da rendere il vo-

(6) Nel senso che tra l'insegnamento accademico e l'azione direttamente politica non vi era stata « alcuna soluzione di continuità », v. BOBBIO, *Diritto e Stato negli scritti giovanili*, in AA.VV., *Cultura e politica*, cit., p. 21.

(7) V., in particolare, il *Congedo dagli studenti*, in MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., pp. 589 e ss.

lume edito nel 2005 un complemento, necessario e vitale, per la comprensione dell'opera e della vita dell'autore.

Ma il legame tra le due esperienze didattiche non è circoscritto soltanto al piano teorico o ideale. Le lezioni contenute nel volume sono quelle svolte da Aldo Moro a partire dal 12 gennaio 1976 e non coprono, dunque, l'intero corso didattico svolto in quell'anno accademico⁽⁸⁾. Come ricordato da Tritto, ciò è dovuto al fatto che le prime nove lezioni, svolte da novembre a dicembre ed aventi, per l'appunto, ad oggetto profili di teoria generale del diritto e di filosofia del diritto, non erano state registrate; si trattava, peraltro, di insegnamenti che ricalcavano l'impostazione già adottata da Moro nelle già citate lezioni di filosofia del diritto⁽⁹⁾. Non pare azzardato ritenere che le lezioni mancanti, preliminari alla trattazione della materia penale in senso stretto, fornissero la 'chiave di lettura', il quadro 'ideologico', degli orientamenti e delle prospettive adottati nelle lezioni successive, assicurandone una più chiara comprensione⁽¹⁰⁾.

Per questa ragione e per la natura indubbiamente originale, ma non certo semplice e immediata, di un pensiero « che procede per spirali »⁽¹¹⁾, appare utile (se non necessario) dare conto dei lineamenti generali dell'impostazione filosofica e giuridica di Aldo Moro. Se, come è stato rilevato da Bettiol, il diritto penale nasce storicamente come filosofia, nel pensiero moroteo il presupposto per la conoscenza e per la soluzione dei problemi penalistici è, per l'appunto, il « benefico bagno nella filosofia del diritto »⁽¹²⁾. La formazione filosofica giovanile aveva avvicinato lo statista al tema dell'illecito giuridico sulla base di premesse teoriche e di ideali filosofici, che ritornano e riemergono nell'insegnamento della materia penale. Per la loro connotazione fortemente idealistica e spiritualistica, le *Lezioni* romane possono essere considerate, un'originale sintesi tra diritto penale e filosofia del diritto, una singolare osmosi tra tecnicismo e concezione della vita e

⁽⁸⁾ Le quarantasette *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale* contenute nel volume in esame sono così ripartite: sette riguardano il tema della pena, diciotto concernono la norma penale, tredici trattano il tema del reo e, infine, nove si soffermano sul concetto di reato.

⁽⁹⁾ V. TRITTO, *Presentazione*, in A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., p. 47, il quale precisa « che gli argomenti delle lezioni mancanti riguardavano, nelle linee generali, concetti più ampiamente sviluppati dal Professore nelle sue Lezioni di Filosofia del diritto tenute all'Università di Bari e riproposte, subito dopo la Sua scomparsa, dall'editore Cacucci ».

⁽¹⁰⁾ Cfr. TRITTO, *Introduzione*, cit., p. 47, nt. 1.

⁽¹¹⁾ BETTIOL, *La concezione della pena in Aldo Moro*, in AA.VV., *Aldo Moro e il problema della pena*, cit., p. 69.

⁽¹²⁾ BETTIOL, *La concezione della pena*, cit., p. 71.

del mondo, che ne rappresenta la nota di maggiore originalità: il costante riferimento agli ideali coltivati nella formazione etico-religiosa giovanile⁽¹³⁾ e negli studi filosofici, imprime alle *Lezioni* in esame il carattere di una vera e propria 'filosofia del diritto penale'⁽¹⁴⁾.

2. *Il substrato filosofico.*

Volgendo l'attenzione al 'retrotterra' spirituale e culturale, un primo dato caratterizzante è la tendenza a stabilire forme di equilibrio tra dati e ispirazioni antinomici: come rilevato da Elia, « nel quadro di una elaborazione intellettuale che armonizzava persona e società, società e Stato, pluralismo sociale e sintesi politica, etica e diritto, Moro perveniva ad una linea di azione tutta tesa a valorizzare "l'essenziale significato umanistico dello Stato" a cominciare dall'assai significativo contributo ai lavori dell'Assemblea Costituente [...] »⁽¹⁵⁾. Quella di Moro — ha osservato Bobbio — è una prospettiva personalistica e comunitaria, volta a cogliere la socialità dell'individuo e come tale distinta, sia dall'ottica classica dell'individualismo liberale, sia dall'opprimente e spersonalizzante organicismo statualista, di impronta collettivista⁽¹⁶⁾. Se il fecondo e inesauribile legame tra vita morale e vita sociale costituisce la costante delle riflessioni morotee, una posizione di assoluta preminenza riveste il tema della dignità dell'essere umano. La persona nella sua singolarità è, infatti, considerata « il principio e fine dell'esperienza giuridica »⁽¹⁷⁾, in accordo alla concezione etico-morale

(13) V. BOBBIO, *Diritto e Stato negli scritti giovanili*, cit., p. 21 e ss.

(14) Ovvero una sintesi tra le lezioni giovanili di filosofia del diritto e la produzione penalistica.

(15) ELIA, *Moro oggi*, in AA.VV., *Cultura e politica*, cit., XIV; sul contributo di Aldo Moro ai lavori della Costituente, v. DE SIERVO, *Il contributo alla Costituente*, in AA.VV., *Cultura e politica*, cit., p. 79 e ss.; FORTUNA, *Il contributo di Aldo Moro alla Costituente. In particolare sulla funzione della pena*, in AA.VV., *Crisi o collasso del sistema penale*, cit., p. 105 ss.

(16) V. BOBBIO, *Diritto e Stato negli scritti giovanili*, cit., p. 5 e s.; come rilevato da CONTENUTO, *Il volto umano del diritto penale di Aldo Moro*, in *Scritti 1964-2000*, Bari, 2002, 33, « Moro è sempre vigile nel richiamare ad essere ben attenti a non scambiare l'individuo con la persona ».

(17) V. BOBBIO, *Diritto e Stato*, cit., p. 7 e s., ove si osserva che « Moro può scrivere che la persona è 'il principio e fine dell'esperienza giuridica' perché ha una concezione etica del diritto. Proprio questa concezione etica del diritto, questa riduzione del diritto all'etica, o meglio della filosofia del diritto alla filosofia della morale, per parafrasare un celebre titolo, caratterizza la sua filosofia »; come rilevato da BETTIOL, *La*

del diritto come « liberazione della persona umana nel contemporaneo e complesso accadimento della legge morale e della società. Liberazione della società » — osserva Moro — « è il diritto, in quanto, concretandosi in un ordine di perfetto equilibrio, riscatta il singolo dal peso di ingiuste prevaricazioni e stabilisce nella società il pieno valore della persona »⁽¹⁸⁾.

Nella filosofia personalistica di Aldo Moro, il diritto trova, dunque, il proprio fondamento nella morale⁽¹⁹⁾, sul presupposto di una ontologica, indiscutibile, possibilità di distinzione tra bene e male⁽²⁰⁾. Si tratta, peraltro, di morale intesa come spiritualità ed interiorità, non circoscritta alla dimensione del singolo, atomisticamente e solipsisticamente considerato, ma estesa, invece, alla società e alle comunità intermedie⁽²¹⁾, in cui si rispecchiano e in cui debbono trovare attuazione i valori e la vocazione universale dell'uomo. Moro esalta, infatti, la comune esigenza di universalità che permea il mondo morale e l'esperienza giuridica⁽²²⁾, avverso ogni forma di scetticismo (volto a negare il valore universale del diritto) e contro le teorie particolaristiche, incentrate sul mero utile collettivo⁽²³⁾. Se è nella società che si rispecchiano le esigenze e i valori del soggetto, questi ultimi si oggettivizzano e si universalizzano nella legge etica⁽²⁴⁾. Quale legge intrinseca all'uomo, il diritto « è esigenza che attinge la profonda spiritualità del soggetto, nella quale, prima che nel mondo dei cosiddetti rapporti esteriori, esso vive la sua vicenda e compie il suo destino. Prescindere

concezione della pena, cit., p. 72, i tre assoluti rappresentati da libertà, giustizia e valore della persona sono essenziali ad una visione umana e cristiana del diritto penale; sulla concezione etica del diritto in Moro, v., altresì, CONTENTO, *Il volto umano*, cit., p. 32.

(18) Sul valore della persona umana e sul rapporto tra persona e diritto penale, v. TRITTO, *Il valore della persona umana nel pensiero giuridico di Aldo Moro*, in AA.VV., *Crisi o collasso*, cit., p. 41 ss.; pp. 56 e ss.

(19) Sul legame morale tra reato e pena, v. VASSALLI, *Presentazione*, cit., p. 36.; sulla visione sociale complessiva che presiede al rapporto tra norma e singolo e sul diritto come momento di vita morale, v. TRITTO, *Il valore della persona umana*, cit., p. 50.

(20) Cfr. BETTIOL, *La concezione della pena*, cit., p. 72.

(21) Sulla rilevanza della dottrina dei corpi intermedi, v. RUFFILLI, *Religione, diritto e politica*, in AA.VV., *Cultura e politica*, cit., p. 68.

(22) Sul superamento da parte di Moro del formalismo e statalismo del positivismo giuridico e della separazione tra diritto e etica di stampo crociano, v. RUFFILLI, *Religione, diritto e politica*, cit., p. 51.

(23) Sulla critica continua della teoria economicistica del diritto (riduzione del diritto all'utile) e sull'affermazione secondo cui il sistema sarebbe dominato dal primato dell'etica, v. BOBBIO, *Diritto e Stato*, cit., p. 9.

(24) Sul criterio etico, v. M. GALLO, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Collasso o crisi*, cit., pp. 171 s.

da questo modo di operare del diritto, significa trasformare la vita in una strana e dura meccanica sociale, di azioni e reazioni, dove ogni luce di umanità è spenta, abbagliata — ed è falsa prospettiva — da quello che sembra essere il termine ultimo della vicenda giuridica, l'esteriore assetto della società, quasi che esso si possa produrre altrimenti che mediante un operare soggettivo, e perciò etico ».

È, dunque, nella vita sociale che l'individuo può farsi « universale », superando l'irrelata particolarità del molteplice: la società rappresenta, cioè, la necessaria posizione universale di tutti gli individui (« l'uomo non è solo singolo, non è solo individuo, ma è anche società che non si esaurisce nello Stato. La libertà dell'uomo è pienamente garantita, se l'uomo è libero di formare gli aggregati sociali e di svilupparsi in essi ») ⁽²⁵⁾. La legge dello spirito umano esprime un'unitaria e universale esigenza, che si realizza nell'unità nella distinzione, nel dispiegarsi dell'universale nella coscienza di ognuno degli individui e, quindi, nell'unificazione del complesso di soggetti (« vero è che non è vita etica fuori della società, che l'infinito valore della persona si realizza come infinito solo nella società, fuori della quale sarebbe morto, che in una parola, il valore rappresentato dalla vita sociale, è solo ed interamente il valore della umanità ») ⁽²⁶⁾.

Se l'attuazione dei fini della persona non può concepirsi al di fuori del nesso sociale ⁽²⁷⁾, e se l'universale, rappresentato dalla società, si fa ogni istante nella coscienza di singoli individui che entrano a costituirla, si può affermare che la società stessa vive *in interiore homine* ⁽²⁸⁾. Il divenire dello spirito umano è iscritto in questa necessaria

⁽²⁵⁾ MORO, cit. in BOBBIO, *Diritto e Stato*, cit., p. 21; sul rapporto tra società e Stato, v. BOBBIO, ult. op. cit., 17 e ss. che sottolinea la visione morotea del diritto come fenomeno sociale e l'importanza delle esperienze sociali diverse dallo « Stato che non esaurisce tutta intera l'esperienza sociale », nel senso « i diversi ordinamenti attuano tutti ciascuno per la parte che ad esso compete tutti i fini umani nella luce di una sola suprema legge etica » e in nome della necessaria solidarietà sociale; sui fondamenti politico-filosofici del pensiero giovanile, v. ASTERRI, *Persona, società e Stato nel pensiero politico giovanile di Aldo Moro*, in AA.VV., *Crisi o collasso*, cit., pp. 139 ss.

⁽²⁶⁾ MORO, *La società*, in *Lezioni di Filosofia del diritto tenute presso l'Università di Bari. Il Diritto (1944-1945)*, Bari, 1978, 24.

⁽²⁷⁾ Sulla concezione umanistica di Stato, v. RUFFILLI, *Religione, diritto e politica*, cit., p. 63, il quale sottolinea le valenze antitotalitarie e personaliste della filosofia tomista (« *homo non ordinatur secundum se totum ad communitatem politicam* »); sull'idea della sovranità attribuita alla società, v. 72.

⁽²⁸⁾ Deve, dunque, essere condivisa l'osservazione di BOBBIO, *Diritto e Stato*, cit., p. 16, a proposito dell'integrazione reciproca tra Stato etico e Stato di diritto: « lo stato è giuridico in quanto garantisce libertà esterna e la coesistenza delle libertà esterne. Lo

corrispondenza biunivoca tra soggetto come individuo e società come universale (ossia nel farsi universale dell'individuo e nel vivere nel particolare da parte dell'universale) ⁽²⁹⁾.

A prescindere dalle ipotesi, formulate da più parti, in ordine alle possibili influenze culturali ⁽³⁰⁾, le radici hegeliane di questa visione (che, come vedremo, è alla base anche della concezione della pena) assumono una certa evidenza. L'influsso esercitato dalla fenomenologia della vita morale, dall'idea dialettica dello spirito che colloca la propria universalità nella moralità oggettiva, dalla visione della famiglia e della comunità come sostanza etica e universale oggettivo, si rispecchia nella concezione morotea della storia come realizzazione dell'universale e nell'indicazione dell'adesione alla sostanza etica quale modo per superare il soggettivismo morale (in accordo all'idea secondo cui l'essenza etica della società conferisce un significato universale alla vita sociale di ogni persona, superando la materialità immediata degli egoismi e degli interessi individuali).

Il diritto, quale legge etica per sua essenza universale, è, dunque, la « legge indicatrice dei fini ultimi della persona sociale e criterio, ad un tempo, della compatibilità sociale » ⁽³¹⁾. La legge e l'ordine sociale debbono, peraltro, fondarsi non sul mero uso della forza, bensì sull'intima adesione e sulla libera coscienza determinazione del soggetto ⁽³²⁾; la visione del diritto come regno etico-universale (« ordine di spiriti ») ⁽³³⁾, è alla base dell'individuazione del fondamento dell'esperienza

Stato è etico in quanto permette lo sviluppo della vita morale degli individui e dei gruppi ». Nella visione morotea, osserva Bobbio, la regola giuridica diviene imperativo interiormente accettato, poiché lo stato non ha una sua moralità da imporre a individui e aggregati minori: « è l'eticità degli uni e degli altri che, attraverso lo stato, si fa strada nella storia », nel rispetto dell'autonomia del valore dei singoli e delle parziali istituzioni, la cui eticità non deve essere spenta; per un parallelismo con la concezione della pena quale processo *in interiore nomine*, v. MARTINAZZOLI, *Introduzione*, cit.

⁽²⁹⁾ Nel senso che la concezione etica del diritto in Moro non equivale a legalizzazione della morale, v. CONTENTO, *Il volto umano*, cit., pp. 35 e ss.

⁽³⁰⁾ Sull'influenza del pensiero di Capograssi e sull'apertura al personalismo cristiano francese, quale terza via tra individualismo e collettivismo, v. RUFFILLI, *Religione, diritto e politica*, cit., pp. 53 ss.; p. 61; sugli influssi del finalismo giuridico tomista e della dottrina sociale cattolica, v. pp. 65 ss.; sul punto, v., altresì, CONTENTO, *Il volto umano*, cit., p. 39.

⁽³¹⁾ MORO, *Lineamenti dell'esperienza giuridica*, in *Lezioni di Filosofia del diritto*, cit., p. 30; sulla formazione giovanile di Aldo Moro, v., altresì, FORTUNA, *Il contributo di Aldo Moro alla Costituente*, cit., p. 106 ss.

⁽³²⁾ V. MORO, *Lineamenti dell'esperienza giuridica*, in *Lezioni di Filosofia del diritto*, cit., p. 33.

⁽³³⁾ Sul rifiuto dell'imperatività (volontà dello Stato che si impone dall'esterno

giuridica nell'intima e universale esigenza etica (prima, vera, fonte normativa) che il diritto tenta di esprimere, nel suo alto compito («eticamente orientato») di progressiva formazione dell'ordine universale in tutte le coscienze⁽³⁴⁾. I caratteri della imperatività, della socialità e della coercibilità, propri del diritto, discendono dalla energia realizzatrice (volontà di ordine) e dall'esigenza di riaffermazione dell'universalità dei valori, in cui si sostanzia l'amministrazione della giustizia.

Prese le distanze sia dal giuspositivismo, sia dallo statualismo⁽³⁵⁾, Moro mette a fuoco il rapporto dialettico fra diritto naturale e diritto positivo, e tra diritto e morale⁽³⁶⁾. Nel postulare l'adattamento continuo del diritto alla giustizia, in questo perenne 'cammino verso l'alto', verso la verità della legge, nella profonda intimità della coscienza umana⁽³⁷⁾, viene proposta una concezione 'progressiva' e 'cumulativa', nella quale diritto positivo e diritto naturale costituiscono le tappe evolutive dell'esperienza giuridica, scandite dallo svolgersi dello spirito umano. Essendo il diritto naturale la condizione di validità del diritto positivo, quando tra i due diritti vi sia un divario incolmabile, diviene legittima la rottura violenta dell'ordine costituito (ossia la rivoluzione)⁽³⁸⁾. In questo contesto di rinnovamento, l'emersione di nuove esigenze morali viene salutata come «una vibrazione», un «fermento di eticità», un «avanzamento di vita civile», un «trionfo di vita morale», destinato, quale nuovo diritto naturale, a intaccare e a sostituire il diritto positivo, a riprova del respiro universale dello spirito umano («così il diritto naturale è un diritto che nasce e che avanza: quello positivo, sempre, in qualche modo, un diritto che muore. Non v'è sistema di diritto positivo nel quale non vada sorgendo un diritto nuovo, naturale, che lo corrode»⁽³⁹⁾); il diritto è tale, è vivo, fino a quando rimane naturale)⁽⁴⁰⁾.

alla volontà dei singoli) e sulla conferma del diritto come agire eticamente orientato, v. BOBBIO, *Diritto e Stato*, cit., p. 11; sul diritto come ordine degli spiriti, attuazione della vita morale, «chiesa di liberi spiriti», v. MORO, *La capacità giuridica*, in *Lezioni di Filosofia del diritto*, cit., p. 77 («il mondo umano è anche essenzialmente giuridico a titolo della sua propria umanità, in ragione cioè di quella vibrazione etica che lo pervade e ne costituisce l'anima di libertà»).

⁽³⁴⁾ V. MORO, *Caratteristiche dell'esperienza giuridica*, *Lezioni di Filosofia del diritto*, cit., p. 41.

⁽³⁵⁾ Cfr. BOBBIO, *Diritto e Stato*, cit., p. 14.

⁽³⁶⁾ V. BOBBIO, *Diritto e Stato*, cit., pp. 10 ss.

⁽³⁷⁾ V. MORO, *Intorno al fondamento del diritto*, in *Lezioni di Filosofia del diritto*, cit., p. 53.

⁽³⁸⁾ V. BOBBIO, *Diritto e Stato*, cit., p. 8 e ss.

⁽³⁹⁾ V. MORO, *Intorno al fondamento del diritto*, cit., p. 53.

⁽⁴⁰⁾ Sul perenne problema, proprio della concezione giusnaturalistica, di come

Anche nelle riflessioni filosofiche su *L'atto illecito* e su *Processo e sanzione* Moro svolge alcune considerazioni destinate a trovare ulteriori sviluppi nelle *Lezioni* penalistiche. Alla visione dell'atto illecito quale momento di contraddizione del diritto si lega la considerazione di quest'ultimo in termini di cancellazione radicale e annullamento del fatto: l'illecito presenta un'intima antitesi, ossia l'assurdo di ribadire ciò che esso, *prima facie*, per il proprio contenuto egoistico-utilitaristico, pretenderebbe di contraddire. Pur negando in apparenza il diritto, l'illecito finirebbe, infatti, con l'affermarlo suo malgrado, tramite la necessaria risposta sanzionatoria, cosicché, in realtà, esso si rivela una crisi soltanto momentanea di valori, destinata a sfociare nella riaffermazione giudiziale del diritto, che da questa esperienza provvisoria e contrastata, esce ulteriormente rafforzato nella propria dimensione etica e universale. Suggestivamente, il processo penale viene equiparato ad un momento di raccoglimento, di *sospensione*, nel quale si fa silenzio intorno al grande dramma del male, per favorire il ritrovamento della verità 'perduta' e per consentire un giudizio di cognizione sereno, conforme ad esigenze di obbiettività e di certezza. In un contesto di evidente trasfigurazione idealistica, il processo è visto come momento di elevazione del colpevole, sul presupposto che il male sia vinto quando risulti debellato nell'intimo della coscienza, secondo un « chiaro ordine di giustizia », che consente alla coscienza individuale di riappropriarsi della dimensione universale dell'etica e della giustizia ⁽⁴¹⁾.

In quanto stridenti con la polarizzazione morale della propria indagine, vengono, quindi, censurate le tesi volte a considerare il concetto di fatto anti-giuridico nella sua mera sostanza dannosa, nel suo esclusivo contenuto oggettivo ⁽⁴²⁾. L'impossibilità di considerare, anche soltanto provvisoriamente, il fatto di reato nella sua componente meramente obbiettiva viene quasi ossessivamente ribadita ⁽⁴³⁾, nella perenne preoccupazione di non disperdere, di non trascurare, la di-

conciliare le premesse filosofiche di fondo con i contenuti storicamente mutevoli della legislazione positiva, v. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Bologna, 2001 p. 35.

⁽⁴¹⁾ Per l'accostamento delle lezioni di filosofia del diritto all'espressione di un pathos etico religioso, v. BOBBIO, *Diritto e Stato*, cit., 12. La riaffermazione del carattere etico del diritto — che sorge e termina nella persona morale — passa dunque attraverso un ciclo, una spirale, di cui l'illecito è un momento di passaggio essenziale, facendo sì che il valore ideale del diritto risorga fatto più intimo alle coscienze delle persone morali.

⁽⁴²⁾ Ad essere criticata è l'inammissibile oggettivizzazione del diritto che toglie ad esso ogni significato umano e ogni verità; sul punto, v. VASSALLI, *Presentazione*, cit., p. 33.

⁽⁴³⁾ Sull'avversione di Moro nei confronti della nozione oggettiva e avalutativa di tipicità elaborata da E. Beling, v. VASSALLI, *Presentazione*, cit., p. 29.

mensione personale dell'illecito ⁽⁴⁴⁾. Chi riduce l'imputazione del fatto al paradigma della responsabilità obbiettiva segue — secondo Moro — concezioni meccaniche ed esteriori del diritto ⁽⁴⁵⁾, che, smorzando e deformando il volto umano del reato, rimangono all'involucro, alla superficie, non toccando « il profondo della coscienza umana » ⁽⁴⁶⁾. Da qui l'esigenza prioritaria di salvaguardare il profilo della rimproverabilità, dell'antidoverosità, quale corollario del collegamento del fatto illecito alla personalità morale del soggetto ⁽⁴⁷⁾, alla sua libertà e capacità di determinazione ⁽⁴⁸⁾.

Nella sua assoluta fede nel diritto quale linea retta di verità e restaurazione della vita morale, Moro è ispirato dallo statualismo idealistico e spiritualistico, che chiama lo Stato all'attuazione di valori morali universali, attraverso il rapporto con l'individuo e la sua socialità ⁽⁴⁹⁾. L'esigenza di convogliare nello Stato valori universalmente condivisi e di adeguare costantemente l'ordinamento positivo a quello naturale, discende dal necessario perseguimento della verità ⁽⁵⁰⁾, dalla

⁽⁴⁴⁾ Come ricorda DE LEONARDIS, *L'umanità di Aldo Moro*, Foggia, 1993, 48, già nella sua relazione al 23° congresso nazionale FUCI di Firenze, tenutosi il 9 settembre 1937, trattando del tema '*L'illecito giuridico*', Moro aveva sviluppato la propria visione dell'illecito giuridico, in stretto collegamento con la sfera morale e il presupposto della imputabilità morale; sul punto, v. CONTENTO, *Il volto umano*, cit., p. 32, il quale sottolinea che, già in quest'occasione, Moro espone la tesi fondamentale secondo cui il reato è nulla se non è « un fatto dell'uomo », cui è cioè « immanente la soggettività della Persona ».

⁽⁴⁵⁾ Cfr. CONTENTO, *Il volto umano*, cit., p. 34 e s.

⁽⁴⁶⁾ In questa posizione Moro sembra risentire dell'impostazione del proprio maestro, Petrocchi, secondo cui la pena avrebbe come fine primario quello di restaurare l'ordine morale mediante il soddisfacimento del sentimento di giustizia (v. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in « Riv. it. dir. e proc. pen. », 1961, p. 314, il quale, in senso critico, osserva che « la reintegrazione dell'ordine morale, quando questo sia stato violato, avviene per effetto della reintegrazione dell'ordine giuridico che ha fatto proprie quelle istanze morali traducendole in norme giuridiche, e la soddisfazione del sentimento di giustizia si opera mercé l'applicazione del diritto »).

⁽⁴⁷⁾ Sulla necessità che « l'illecito per essere tale debba essere 'proprio' del soggetto, appartenendogli, cioè come 'personale realizzazione, in attivo e consapevole contrasto'; cosicché, 'una volta ritenuto [...] che un intimo percorso spirituale debba sussistere, non si può veramente distinguere la colpa giuridica da quella etica' », v. CONTENTO; *Il volto umano*, cit., p. 33.

⁽⁴⁸⁾ In *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947, 82, Moro contrappone il « grezzo concetto di colpevolezza » e la necessaria sussistenza « di un intimo processo spirituale » ai fini della responsabilità.

⁽⁴⁹⁾ V. RUFFILLI, *Religione, diritto e politica*, cit., p. 55.

⁽⁵⁰⁾ V. RUFFILLI, *Religione, diritto e politica*, cit., p. 56; sull'idea del ritrovamento

continua lotta per un diritto giusto, che non si esaurisce nel fatto bruto dell'uso della forza⁽⁵¹⁾, bensì si svolge nella spiritualità del conflitto incessante tra bene e male⁽⁵²⁾.

3. *I caratteri delle Lezioni.*

Le *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale* raccolte nel volume in esame riflettono in pieno il genuino orientamento umanistico, il « giusnaturalismo a finalizzazione personalista »⁽⁵³⁾, che Moro coltiva nella propria concezione 'teleologica' della realtà. « Studioso e insegnante legato ai grandi principi »⁽⁵⁴⁾, egli privilegia la trattazione di questioni di carattere generale⁽⁵⁵⁾, affrontando indagini speculative e dommatiche, sovente prive di rilievo pratico, che gli consentano un collegamento con la teoria generale del diritto⁽⁵⁶⁾. Ad essere maggiormente valorizzati sono i temi (come, ad es., quelli della pena, del reo e della colpevolezza), più consentanei ai propri studi giovanili, nel quadro della teoria della subbiectivizzazione della norma, mentre un ruolo secondario è riservato a quegli aspetti (garanzie di legalità, componenti del fatto, cooperazione, etc.) che rimangono in posizione retrostante rispetto all'angolazione prescelta dall'autore.

La tendenza a privilegiare l'analisi dei fondamenti e dei principi del sistema punitivo, fa sì che il dato di diritto positivo rimanga, talora, sullo sfondo, quasi 'sopraffatto' dall'astrazione e dal formalismo dell'esposizione. Le disposizioni del codice penale espressamente richiamate si contano, in effetti, sulla punta delle dita di una mano (e tra

della verità nel mondo morale e sulla liberazione insita nella appropriazione della regola morale, v. MARTINAZZOLI, *Introduzione*, cit., pp. 21 e ss., il quale sottolinea il senso della storicità della visione morotea, nonché la filosofia del personalismo che lambisce l'idea del *Gesinnungsstrafrecht*.

⁽⁵¹⁾ Cfr. CONTENTO, *Il volto umano*, cit., p. 36.

⁽⁵²⁾ Cfr. RUFFILLI, *Religione, diritto e politica*, cit., p. 60 ss.

⁽⁵³⁾ RUFFILLI, *Religione, diritto e politica*, cit., p. 58; sul coinvolgimento del diritto penale nei processi dello spirito, v. MARTINAZZOLI, *Introduzione*, cit., p. 24.

⁽⁵⁴⁾ VASSALLI, *Presentazione*, cit., p. 44.

⁽⁵⁵⁾ V. VASSALLI, *L'opera penalistica di Aldo Moro*, cit., p. 24.

⁽⁵⁶⁾ V. VASSALLI, *Presentazione*, cit., p. 35; come osservato da M. Gallo, « la novità metodologica del lavoro di Moro fu nel dimostrare che certi concetti, certe metodologie non sono né del diritto privato, né del diritto pubblico, né del diritto penale, né del diritto processuale: sono concetti di teoria generale del diritto, cioè sono concetti che prescindono dai contenuti concreti che di volta in volta ogni settore di disciplina o di ordinamento che viene ad utilizzarli arreca loro » (M. GALLO, *Relazione di sintesi*, cit., p. 168).

queste non può mancare quella che, per le implicazioni sistematiche, risulta la più importante agli occhi dell'insegnante, ovvero l'art. 133 c.p.). Nel trattare la materia, l'insegnante mira più alla comprensione del significato ultimo e decisivo degli istituti, che alla descrizione tecnicistica della disciplina. In non pochi casi, sembra di addirittura di assistere ad un'opera di 'sublimazione' etico-morale del dato normativo, il quale viene colto nel suo significato di valore, quale momento di passaggio, nell'incessante processo di acquisizione della verità a cui è destinata l'esperienza giuridica. In questo senso, la condivisibile qualificazione di Moro come « conservatore »⁽⁵⁷⁾, più che con l'incondizionata accettazione del dato di diritto positivo, pare dover essere posta in collegamento con l'assunto secondo cui ogni assetto disciplinare esprime in sé una *ratio* provvisoria, inevitabilmente soggetta ad una evoluzione, magari contrastata, ma la cui progressione eterodiretta verso il miglioramento dell'uomo non può, comunque, essere arrestata.

L'identificazione del diritto penale nel settore dell'ordinamento nel quale è possibile seguire maggiormente da vicino, per la prossimità alle categorie morali, lo svolgersi e il divenire dello spirito umano verso la propria liberazione, nella perenne conflittualità tra bene e male, costituisce la premessa filosofica di una concezione in cui il diritto penale risulta (non neutrale, bensì) teleologicamente orientato secondo i valori e le esigenze della vita morale dei soggetti⁽⁵⁸⁾. In questa direzione, il substrato morale (e al contempo sociale) del sistema punitivo non può che essere individuato nella distinzione basica tra bene e male, su cui si innesta l'idea della responsabilità umana e del libero arbitrio, paradigmatica del pensiero cattolico in materia penale. Il convincimento della libertà e della capacità di scelta dell'individuo, sullo sfondo di motivi e di conflitti interiori, di fattori inibitori e di contropunte psicologiche⁽⁵⁹⁾, costituisce espressamente il 'motore' dell'intero sistema penale⁽⁶⁰⁾.

(57) V. VASSALLI, *Presentazione*, cit., p. 44.

(58) Cfr. TRITTO, *La pena nell'insegnamento di Aldo Moro*, in AA.VV., *Aldo Moro e il problema della pena*, cit., p. 37.

(59) Secondo CONSO, *Ricordo di Aldo Moro*, cit., p. 349, al centro dell'elaborazione morale si pone l'individuo responsabile: « il diritto si rivolge » — può leggersi in un brano di *L'antigiuridicità penale* — « non al soggetto che realizza i suoi scopi senza conoscerli o volerli, ma a quegli che può prendere posizione di fronte ai valori in modo conscio, personale, eticamente apprezzabile, e da lui attende che nel conflitto dei motivi che lo urgono all'azione dia prevalenza a quello che rappresenta, nella forma dell'esigenza sociale, la voce oggettiva dell'eticità ».

(60) Come osservato da VASSALLI, *La funzione della pena*, cit., p. 55 « non si può dimenticare che Moro penalista si formò alla scuola di Biagio Petrocelli, il quale fu sempre uno dei maggiori assertori della concezione della norma penale come comando

3.1. *Il legame morale tra reato e pena: la visione etico-retributiva.*

Lo stretto vincolo che lega il diritto penale alla vita morale ⁽⁶¹⁾ e ai contenuti sociali ⁽⁶²⁾, trova una prima, nitida, espressione nel collegamento della sanzione penale alla libera scelta della persona ⁽⁶³⁾. In accordo a quella costante del pensiero moroteo che è stata acutamente accostata ad un intreccio di finalismo giusnaturalistico e dinamismo storicistico ⁽⁶⁴⁾, emerge l'idea della pena quale negazione e cancellazione del male incarnato dal reato, nel quadro del costante e progressivo sforzo compiuto dalle 'forze del bene' per affermarsi nella vita sociale. Al reato come atto di libertà che conduce ad una scelta negativa, ad una 'ribellione', che merita e giustifica il castigo giuridico, segue la pena, intesa, anzi tutto, in chiave etico-retributiva, quale riaffermazione del bene che subentra al male (la « legge del bene » che è stata violata nella società, riprende il proprio dominio, restaurando l'ordine delle cose) ⁽⁶⁵⁾.

Se pur all'interno di una visione complessivamente pluridimensionale e plurifunzionale della sanzione ⁽⁶⁶⁾ — che trova nel presupposto ideale del libero arbitrio e della responsabilità e nel vincolo morale, il proprio costante fondamento logico — la prima ed essenziale funzione della pena si lega, dunque, retrospettivamente al passato, in termini di

diretto ad un soggetto moralmente responsabile e della funzione retributiva della sanzione conseguente alla colpevole violazione di quel comando»; sul recupero della dimensione morale della colpevolezza, insito nella riaffermazione del momento retributivo della pena, ancorato al principio del libero arbitrio in senso metafisico (in modo che il diritto penale riconosca anche nel soggetto che delinque la dignità inalienabile della persona umana), v. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 35.

⁽⁶¹⁾ V. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 100.

⁽⁶²⁾ Sulla tutela penale quale forma di tutela più ricca di contenuti sociali e morali, v. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 145.

⁽⁶³⁾ Nel senso che il carattere morale della pena si lega strettamente alla natura morale dell'uomo, v. BETTIOL, *La concezione della pena*, cit., p. 79.

⁽⁶⁴⁾ V. RUFFILLI, *Diritto, religione e politica*, cit., p. 74.

⁽⁶⁵⁾ Sul collegamento della pena alla sfera dell'etica, in termini di negazione del reato e di ristabilimento dell'ordine sociale e sulla forza reintegratrice della sanzione penale, come bene che riprende il suo dominio nella vita umana e sociale, v. TRITTO, *La pena nell'insegnamento*, cit., p. 30 e ss.

⁽⁶⁶⁾ Sulle aperture verso la pluridimensionalità, *rectius* plurifunzionalità, della pena riscontrabile negli interventi compiuti da Aldo Moro all'assemblea costituente, v. VASSALLI, *Le funzioni della pena*, cit., p. 57 e s.; per la tesi secondo cui la funzione della pena sarebbe « anzitutto la riaffermazione del diritto oggettivo violato, compiuta mediante pubblica e solenne squalificazione sociale del fatto », v. ID., *Funzioni e insufficienze della pena*, cit., p. 311.

cancellazione e compensazione ideale del male commesso ⁽⁶⁷⁾. Il momento squisitamente repressivo costituisce il profilo assolutamente preminente degli scopi della risposta punitiva, esprimendo l'ineluttabile rimprovero sociale, che deve essere rigorosamente calibrato secondo i principi di personalità, legalità e proporzionalità (nel sottolineare, che la misura della pena deve riflettere la gravità del reato, più o meno rappresentativa della natura interiore del soggetto, l'autore fonde i principi costituzionali in materia di sanzione penale nella propria peculiare visione etico-morale) ⁽⁶⁸⁾.

Oltre al fine di compensare e di cancellare il male, la sanzione assume anche una funzionalità generalpreventiva, giacché la pena che si attua è prova della validità ed inflessibilità dell'ordinamento giuridico ⁽⁶⁹⁾; la « dolorosa limitazione » della libertà deve essere finalizzata ed orientata alla rieducazione ossia al rinnovamento morale e sociale del reo (cd. finalità modificatrice). In questa direzione, come sottolineato da Vassalli, Moro illustra ai propri allievi « come l'uomo possa cambiare con la sofferenza della pena, 'per quanto è dato di cambiarlo', e come la finalità rieducativa, da vedersi alla stregua dell'antica 'emenda del reo', sia perfettamente compatibile con la finalità etico-retributiva della pena » ⁽⁷⁰⁾. Il momento preventivo si sostanzia, dunque, in un processo emendativo ⁽⁷¹⁾, concepito quale penetrazione nella co-

⁽⁶⁷⁾ Sulla pena come ideale cancellazione del male, rispondente a più funzioni v. TRITTO, *La pena nell'insegnamento*, cit., p. 45. Sull'ascendenza hegeliana dell'idea di pena come negazione della violazione avvenuta col reato, v. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, cit., p. 312 e s. (v. in particolare nt. 21), il quale osserva che anche Petrocelli (maestro di Moro) aderì alla visione della sanzione penale come reintegrazione e riaffermazione del diritto; per un'analisi critica del modello hegeliano di pena, v. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e 'mediazione'*, in « Riv. it. dir. e proc. pen. », 1997, pp. 811 ss.

⁽⁶⁸⁾ Sui caratteri della personalità, legalità e proporzionalità della pena, v. TRITTO, *La pena nell'insegnamento*, cit., p. 38 e ss.; nel senso che la pena « deve essere anch'essa 'personale' », ossia che « essa dev'essere esperienza propria del condannato, cui è posto il compito di recuperare un ordine prima in se stesso, e poi nel rapporto con gli altri », con la conseguente esclusione di pene crudeli o sproporzionate, v. CONTENTO, *Il volto umano*, cit., p. 36.

⁽⁶⁹⁾ Sulla componente generalpreventiva della pena nella concezione morotea, v. TRITTO, *La pena nell'insegnamento*, cit., 47; sulla fondamentale ispirazione etico-retributiva della pena, pur nel riconoscimento delle esigenze della prevenzione generale, v. VASSALLI, *Le funzioni della pena*, cit., p. 64; sul punto, v., altresì, FORTUNA, *Il contributo di Aldo Moro alla Costituente*, cit., pp. 118 ss.

⁽⁷⁰⁾ VASSALLI, *Presentazione*, cit., p. 37.

⁽⁷¹⁾ Sulla necessità di emenda e di rieducazione morale, v. VASSALLI, *Le funzioni*

scienza dell'individuo, per ragioni di sicurezza sociale ⁽⁷²⁾: una realistica sintesi tra l'idea secondo cui l'emendamento della personalità umana si realizzerebbe attraverso la sofferenza della pena ⁽⁷³⁾ e il riconoscimento di esigenze prevenzionali di natura sociale. Particolarmente significative si rivelano, in questo senso, le espressioni utilizzate per caratterizzare la finalità educativa e liberatoria della pena, che scava, « con severità e insieme con amore, nella coscienza del soggetto, per ricondurlo alla vita sociale » ⁽⁷⁴⁾.

Nell'ambito dei fondamenti della pena in senso stretto, nessuna legittimazione trova, invece, la concezione 'preventiva', germinata nella Scuola positiva ⁽⁷⁵⁾ che, rigettando l'idea della responsabilità umana e ancorando il reato al condizionamento modificativo esercitato dal meccanismo sociale, tende a valorizzare le esigenze di difesa collettiva, orientando la pena verso il futuro, in chiave di neutralizzazione della pericolosità sociale. Questa prospettiva oggettivistica e deterministica (che si lega non già alla riprovazione etico-sociale, bensì) al modo di essere dell'individuo (pericolosità intesa come stato di per sé oggettivamente contrario al diritto), può, secondo Moro, essere presa in considerazione esclusivamente nell'ambito delle misure di sicurezza. È soltanto in questo contesto, estraneo alla sfera di libertà dell'individuo e

della pena, cit., p. 59, il quale sottolinea altresì come « la retribuzione è parola che non si trova [...] negli scritti e nei discorsi di Moro. Vi si trova invece un ripetuto richiamo all'emenda. Del pari, quando si trova riferimento espresso alla rieducazione (e non potrebbe non trovarvisi, quanto meno dopo la Costituzione), quest'ultima, per le pene è concepita come inseparabile dall'emenda morale ». Dunque un'emenda « che si accompagna alla retribuzione e che è ad un tempo una emenda-rieducazione. È una emenda morale, propria soltanto della pena, ma anche una emenda rilevante per la cosiddetta correzione del reo e per il suo recupero alla società » (VASSALLI, *Le funzioni della pena*, cit., p. 64); sulla pena come castigo interiore, che poggia su un fondamento morale, v. MARTINAZZOLI, *Introduzione*, cit., p. 21; per l'inserimento dell'emenda nel quadro pluri-dimensionale della pena, v. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8^a ed. Milano, 2003, pp. 674 e ss.

⁽⁷²⁾ Sui temi della pena di morte e della pena dell'ergastolo, v. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 114 s.; sul punto, v. TRITTO, *La pena nell'insegnamento*, cit., pp. 41 e ss.; VASSALLI, *Le funzioni della pena*, cit., pp. 60 ss.; CON-
TENTO, *Il volto umano*, cit., pp. 36 ss.

⁽⁷³⁾ V. DE SIERVO, *Il contributo alla Costituente*, cit., p. 99; sull'idea morotea della pena come emenda e sofferenza, che fa rigermogliare quanto di buono c'è nella natura umana, v. TRITTO, *La pena nell'insegnamento*, cit., p. 45.

⁽⁷⁴⁾ MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 380.

⁽⁷⁵⁾ Sul punto, v. TRITTO, *La pena nell'insegnamento*, cit., p. 49, che sottolinea come di tale impostazione Moro avesse peraltro valorizzato il profilo della umanizzazione della pena.

conseguentemente privo di 'spazi' retributivi, che permangono, infatti, legittimi margini di operatività per misure profilattiche tese a curare e a prevenire, anche sotto il profilo morale, il pericolo di ricadute criminose da parte di soggetti non imputabili.

Nella lotta alla criminalità, la leva preventiva si aggiunge, dunque, a quella repressiva, dando luogo ad un sistema sanzionatorio complesso e modulare, posto a protezione di interessi sociali primari. Pur rimanendo legata al primato della libertà morale e della dignità dell'essere umano, la rappresentazione morale di questo sistema binario rischia, peraltro, specie nel settore dei soggetti imputabili e socialmente pericolosi, di risolversi in una ricostruzione per certi versi formalistica (e contraddittoria), nella misura in cui, assolutizzando il presupposto del libero arbitrio ed esasperando la distinzione tra pene e misure di sicurezza, « considera l'uomo prima come una persona, quando gli applica la pena, e poi, quando gli applica la misura, come una cosa, negandone, per il modo meccanicistico di concepire la misura, la più profonda spiritualità » (76).

3.2. *La rappresentazione della realtà sociale nella norma.*

Nell'ambito delle *Lezioni* assume un peso rilevante l'analisi del momento precettivo e del momento sanzionatorio, nella dinamica della norma penale. Il manifestarsi nella vita sociale di « esplicazioni di energia creativa » che si concretano nell'indebita modificazione dell'ordine giuridico impone, in accordo alla struttura ipotetica della norma penale (e all'idea secondo cui il « mutamento chiama mutamento »), la risposta del potere sociale, ossia la cancellazione ideale del fatto (inaccettabile), che ha momentaneamente infranto l'assetto dei valori fondamentali della comunità. L'identificazione deontologica dell'ordinamento giuridico nell'universalità spirituale, nella moralità oggettiva, conforme e corrispondente ai valori delle singole persone (quale è minacciata e perennemente scossa da manifestazioni disfunzionali, socialmente pericolose, che debbono essere 'moralmente' cancellate, per far sì che la legge del bene riprenda il sopravvento nella società), evoca un paradigma dialettico della reazione punitiva (77), che si potrebbe equiparare ad una *teodicea*: il diritto penale quale rivelazione progressiva della verità e della giustizia morale (78).

(76) DELITALA, *Prevenzione e repressione nella riforma penale*, in « Riv. it. dir. pen. », 1950, p. 713.

(77) L'immagine della legge del bene che si afferma e si realizza progressivamente nella società ricalca il paradigma hegeliano della fenomenologia della vita morale.

(78) Si tratta di una connotazione che sembra trovare un'ulteriore conferma nella

È in questa prospettiva che si inserisce l'analisi della funzione della norma penale. Vera e propria « energia motrice che si sprigiona ed opera nell'ambito della vita sociale, verso direzioni di armonia e compatibilità sociale », orientando e illuminando i liberi comportamenti umani sulla base di forze e impulsi legittimati moralmente e socialmente legittimi, il contenuto di comando della norma penale viene messo a fuoco nel suo profilo di dover essere ideale, quale indicazione impegnativa di traguardi, che esso reca con sé, nel suo significato di fatto sociale e di espressione di volontà dell'ordinamento giuridico. In un primo momento, nella propria funzione di orientamento vincolante della volontà umana, il diritto penale chiede ai propri destinatari « di lasciarsi liberamente motivare nella giusta direzione », facendo appello al senso di responsabilità del destinatario: la norma si orienta, cioè, alla ragione, al senso etico-giuridico del singolo, affinché la coscienza e la volontà si lascino 'illuminare' dal giudizio di valore, dall'energia ordinatrice del diritto ⁽⁷⁹⁾.

In caso di disobbedienza (ossia di 'rottura' verso l'ordinamento, con conseguente 'crisi' del predetto meccanismo di 'appello'), si pone la necessità di ricorrere a meccanismi coercitivi, destinati a realizzare, in seconda istanza, il ristabilimento di appropriate sfere di coesistenza e armonia umane. È sullo sfondo della *maiestas* della legge che Moro delinea l'alto compito, affidato a rappresentanti dello Stato, di 'dichiarare' e 'cancellare' la violazione del diritto, conformemente all'obiettivo, costantemente perseguito da ogni norma penale, di tutelare il bene giuridico. Nella fase sanzionatoria e repressiva, il ristabilimento ideale del bene giuridico è affidato alla 'volontà' degli organi giurisdizionali: l'irrogazione e l'esecuzione di una (giusta) pena, restrittiva della libertà personale, pone le condizioni per il rinnovamento e la riarmonizzazione della volontà del reo. Nella misura in cui costituiscono le due modalità di perseguimento delle finalità dell'ordinamento, il momento *preventivo* e quello momento *repressivo* presentano,

suggestiva raffigurazione del diritto penale quale settore dell'ordinamento, in sé autonomo e compiuto, che si radica su un duplice e indissolubile binomio — la volontà realizzatrice ordinatoria, rappresentata dal comando, dalla funzione di orientamento, da un lato, e la forza storica realizzatrice ossia la sanzione (« il diritto è sempre armato »), dall'altro — il quale, nell'intrinseca ed armonica penetrazione di forza e giustizia, rispecchia, ancora una volta, l'idea dello svolgersi (del « realizzarsi ») di un ordine morale universale, di un progresso civile, il cui criterio ordinatore è dato, appunto, dal diritto.

⁽⁷⁹⁾ Un vincolo giuridico di natura morale che fa perno sulla libertà e sulla volontà del destinatario di lasciarsi o meno motivare in senso armonizzante: in questo stadio intermedio, precettivo e preventivo, la norma opera come presidio potenziale, che impegna la volontà del soggetto.

dunque, un'identità sostanziale e una unitarietà funzionale, nel quadro di una 'composizione' armonica, regolativa dei rapporti sociali. Nella visione teleologica di Moro, unica e costante è, infatti, la *traiettoria* che dipartendo dalla norma penale giunge sino al bene e al valore della vita sociale del sistema, vera e propria 'stella polare' delle scelte di incriminazione, che debbono raccordarsi a interessi umani, riconosciuti e recepiti a livello sociale e giuridico ⁽⁸⁰⁾.

A ben vedere, al centro dello svolgimento dommatico si pone il complesso rapporto tra il soggetto e la norma (già oggetto della seconda monografia), rappresentato dalla cosiddetta *subbiettivizzazione* della norma penale, ossia il passaggio del diritto dalla dimensione astratta ed oggettiva a quella concreta e soggettiva ⁽⁸¹⁾, in cui la norma si risolve nella disciplina di una situazione bilaterale. Moro descrive questo fenomeno della de-oggettivizzazione, della « biforcazione » della norma, che si « deposita » dal lato del soggetto che vede limitata la propria libertà d'azione, in termini di obbligo giuridico e di contestuale 'rinuncia' ('non devi uccidere'; 'non devi rubare', etc.), ora, invece, del soggetto che acquista una garanzia, vedendo riconosciuto in modo certo il proprio diritto di vivere, di possedere un bene, etc. ⁽⁸²⁾.

⁽⁸⁰⁾ Da quest'ultimo punto di vista, la peculiare connotazione *statuale* assegnata all'oggetto della tutela penale deve essere considerata alla luce della considerazione che, se l'interesse supremo Stato viene (tradizionalmente) identificato, in ultima istanza, nella conservazione delle condizioni di esistenza della vita associata, queste ultime si ricordano ad una vasta gamma di valori umani e della vita sociale, recepiti dallo Stato e fatti propri da quest'ultimo *sub specie* di interessi mediati o di secondo grado (rispetto a quelli privati): v. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., pp. 199 ss.

⁽⁸¹⁾ Secondo Moro il processo di adeguamento e di incorporamento della norma nella realtà opera in una duplice direzione, quella del concreto e quella del soggettivo, facendo sì che la stessa divenga norma di una situazione concreta, di una realtà insita in due soggetti (ove è evidente il carattere di pluralità ed alterità attribuito al diritto): v. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., pp. 205 ss.; pp. 211 ss.; sull'incontro tra soggetto destinato e la norma giuridica, v. M. GALLO, *Relazione di sintesi*, cit., p. 170; sulla teoria della *subbiettivizzazione della norma penale*, v. Ar. ROCCO, *L'oggetto giuridico del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913, p. 100 ss.; Id., *Sul concetto del diritto subbiettivo di punire*, in *Opere giuridiche*, III, Roma, 1935, p. 499 ss.; Id., *Sul concetto del diritto penale obbiettivo*, in *Il progresso del diritto criminale*, Palermo, 1910, II, p. 277; sul tema, v., altresì, MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, Dig. it., XIII, Torino, 1957, 681.

⁽⁸²⁾ In questa simmetrica coesistenza di diritto e di obbligo, quali facce della medesima realtà, il tema della *volontà umana* è, ancora una volta, centrale: se, nel primo caso, essa trova la propria consacrazione giuridica e, lasciando la dimensione mera-

Nel contesto penale, il predetto processo di subbiectivizzazione/concretizzazione della norma caratterizza sia la fase precettiva, sia quella sanzionatoria. Nel primo stadio, che viene definito di difesa ideale (o di principio) del bene giuridico, la norma giuridica si 'ricom-pone' in un soggetto in termini di dovere concreto, di presenza motivante ovvero di « illuminazione razionale della volontà », in direzione di finalità di armonia e compatibilità sociale (che lascia però aperta la possibilità di contraddire il precetto). Si tratta di un impulso, di un vincolo etico-morale allo svolgersi della volontà, che rende giuridicamente 'impossibile' la commissione del reato, cui corrisponde, simmetricamente, dal lato del soggetto posto in situazione di vantaggio, la possibilità, giuridicamente riconosciuta e tutelata, di dare svolgimento e di espandere la propria volontà, di realizzare il proprio interesse e di attuare i valori perseguiti.

Si tratta, a questo punto, di svelare l'identità dei due destinatari speculari della norma: se per quanto concerne gli *obblighi*, i relativi titolari sono individuati nei singoli individui che formano la collettività, il soggetto del *diritto* (portatore di un interesse su cui è caduta la valutazione positiva dell'ordinamento giuridico, trasformando tale interesse sociale in diritto) viene identificato nello Stato, che in quanto sovrano, pone i comandi ed esige obbedienza da parte dei singoli obbligati⁽⁸³⁾. Lo Stato è titolare della molteplicità di interessi prevalenti (trasformati dal diritto in diritto soggettivo): « non è mai un soggetto singolo il titolare attivo della situazione alla quale si riferisce il diritto penale: è sempre lo Stato, poiché si tratta di interessi collettivi, di interessi nei quali confluiscono e si ritrovano diverse posizioni individuali che si cumulano generando una posizione che riguarda l'intera collettività e che si impersona nello Stato amministratore degli interessi comuni »⁽⁸⁴⁾. È, dunque, lo Stato come « espressione normativa », come « regolatore sovrano della vita sociale », a detenere in materia penale ogni potere giuridico sovrano, nella sequenza che dall'incarnamento della verità nella vita sociale procede necessariamente e inderogabilmente, attraverso il potere di giudicare e di riaffermare la giustizia nella vita sociale, alla compensazione ideale del male e del disordine creato nella vita sociale.

mente potenziale di interesse, può legittimamente giungere a realizzare il proprio contenuto (vita, patrimonio, etc.) in quanto riconosciuto come poziore, nella forma del diritto soggettivo, nell'ipotesi dell'obbligo, essa trova invece un blocco, un impedimento e, in quanto soccombente, l'impossibilità giuridica di conseguire il proprio obiettivo: v. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., pp. 216 ss.

⁽⁸³⁾ Distinguendosi dallo Stato portatore di interessi propri, a loro volta bisognosi di convalida giuridica.

⁽⁸⁴⁾ MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 230.

Pur consumando un danno sociale e pur 'tentando' di violare il diritto, il reato — avverte l'autore — non può mai vulnerare e comprimere i principi e i criteri di giustizia, né intaccare il diritto dello Stato quale titolare di interessi sociali, la sua posizione di potere, di giudizio e di comando. A fronte di un simile 'attentato', l'ordinamento giuridico prende atto che della volontà del soggetto non si può fruire come di uno strumento volenteroso e libero di attuazione dei giudizi di valore che sono propri del diritto. Venuto meno l'affidamento nell'adesione del singolo alla finalità espressa dal precetto, diviene necessario ricorrere ad un meccanismo alternativo di attuazione dei predetti scopi, ossia alla reazione punitiva statale. Quale surrogato ideale della conservazione della vita, cui è affidato il compito di riaffermare e reintegrare il diritto, di esaltare, « riconsacrandolo », il bene che il soggetto ha compromesso, la pena è un diritto soggettivo dello Stato, del potere sociale⁽⁸⁵⁾. La volontà, ferma e sicura, la forza inderogabile della collettività sociale, si esprimono nella « rettificazione » del corso sbagliato che le cose hanno preso per cattiva volontà del soggetto.

Sono proprio gli attributi tipici della giurisdizione (efficienza, ineluttabilità, obbiettività e imparzialità) a riflettere le caratteristiche che essa deve assumere « nella ricerca della verità » e nell'applicazione del diritto, imponendo e giustificando principi (come quello della rigorosa obbligatorietà dell'azione penale) volti a confermare la necessità e inevitabilità dell'opera, definitiva, di « dichiarazione del diritto » e di realizzazione della giustizia, in cui si risolve la giurisdizione. Nel decidere, in concreto, nel caso di specie, 'cosa è giusto', la sentenza svolge una funzione parallela e speculari rispetto a quella della norma: se quest'ultima contiene un comando astratto, a scopo preventivo, la prima, esprime invece un comando concreto, a finalità repressiva. Dopo aver accertato che storicamente non è restaurabile in concreto il diritto soggettivo manomesso, il provvedimento giudiziale di condanna, da un lato, reitera il precetto statale, facendo rivivere idealmente, sul piano dei valori sociali, il diritto, dall'altro, mediante l'irrogazione della pena, ripristina l'ordine sociale (quale « reminiscenza ideale » del diritto offeso, l'irrogazione della pena diviene la traduzione del comando dello Stato sovrano).

Sullo sfondo della subbiectivizzazione della norma penale, troviamo, dunque, la relazione giuridica bilaterale intercorrente tra lo Stato, soggetto attivo e garantito nei propri interessi, da un lato, e un soggetto passivo e 'limitato' nella propria libertà, su cui ricade il co-

(85) A fronte del fallimento del ricorso alla volontà individuale, è necessaria un'iniziativa sovrana del titolare del potere di obbedienza che si affida a meccanismi sociali rappresentati dagli organi della giurisdizione, affinché realizzino altrimenti ed egualmente i fini del diritto, surrogandosi alla cattiva volontà del singolo.

mando della legge penale e che sconta la pena quale destinatario del potere sovrano. Alla base della dialettica tra potere sovrano dello Stato e soggezione dell'autore del reato alla pena, vi è l'idea che il soggetto offeso dal reato sia lo Stato, e che come tale sia titolare dell'interesse alla punizione e del diritto alla sua esecuzione: sul piano della titolarità, i diritti sono comunque mediati e filtrati dalla valutazione statutaria⁽⁸⁶⁾. In vari passaggi delle *Lezioni* si ribadisce, infatti, che, « per la natura del diritto penale », i diritti non appartengono ai singoli, ma « sono in ogni caso, diritti della collettività, diritti dello Stato »⁽⁸⁷⁾. L'unica situazione giuridica riconosciuta direttamente e autonomamente in capo al singolo è, infatti, quella di soggezione, di volontà soggettiva vincolata, nel disegno complessivo di giustizia che il diritto è chiamato a realizzare. In una visione dell'ordinamento penale come sistema di tutela di interessi pubblici di cui è titolare lo Stato, non possono, quindi, che apparire « un'anomalia » i casi, ritenuti comunque 'marginali', in cui, per mere ragioni di 'opportunità', viene riconosciuta l'autonomia di scelta del soggetto privato, ossia la preminenza del disinteresse (o dell'interesse contrario) del soggetto intorno al quale è stato costruito l'interesse pubblico dello Stato, così come avviene nel caso della scriminante del consenso dell'avente diritto (e, in quello, della querela, in relazione al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale)⁽⁸⁸⁾.

Breve: il comando della norma penale si incarna, si subbiettivizza, nel diritto sovrano dello Stato, da un lato, e nell'obbligo di chi subisce la pena, dall'altro.

3.3. *Il processo di interpretazione: la traduzione della norma nella realtà sociale.*

Se la sentenza esprime la volontà sovrana della legge, applicando la pena quale mezzo per esercitare in forma compensativa il diritto riconosciuto dalla norma penale, il momento interpretativo-applicativo

⁽⁸⁶⁾ L'interesse tutelato fa capo sempre allo Stato che diviene soggetto passivo del reato: « l'interesse individuale viene tutelato solo in linea di fatto, senza che sussista una intenzionale diretta tutela dell'interesse del singolo in quanto tale, come interesse pertinente propriamente, e con rilievo giuridico, a lui »; « non esiste, quindi, una soggettivizzazione della norma penale a favore del singolo, ma una sublimazione dell'interesse individuale nella sfera degli interessi pubblici. L'interesse privato individuale è tutelato come se fosse un interesse pubblico » (MORO, cit., in CONSO, *Ricordo di Aldo Moro*, cit., p. 352).

⁽⁸⁷⁾ MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 361.

⁽⁸⁸⁾ V. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., pp. 540 e ss.

è, invece, destinato ad assumere un'importanza decisiva, quale rivelazione della verità⁽⁸⁹⁾. È proprio in quest'ambito che emerge in modo evidente la visione della finalità che permea la norma e per essa la sentenza, ossia quella di dare alle realtà della vita sociale la loro veste giuridica, di « compiere quel ricongiungimento di valore e fatto, di ordinamento giuridico e realtà sociale » in cui si sostanzia la dimensione teleologica del diritto, che « cresce, che si sviluppa, che si afferma con l'intento di dominare e di ricongiungersi, perciò, con la vita sociale ». I giudici, quali organi necessari di « mediazione chiarificatrice » sono, dunque, chiamati alla comprensione del reale significato della norma (in ciò aiutati dagli scienziati del diritto), affinché quest'ultima possa essere applicata ad un singolo episodio della vita sociale. Se, nella loro relazione bilaterale, norma (diritto) e fatto (realtà), debbono aderire reciprocamente, il giudice deve, allora, penetrare il significato dell'una e dell'altro, evitando sia di configurare l'interpretazione come un arido e automatico meccanismo sillogistico, sia, per converso, di appodare alla dottrina del diritto libero o diritto-creazione. Nell'esaminare le varie regole ermeneutiche suscettibili di essere impiegate nella materia penale, Moro pone, infatti, la necessità di una mediazione tra il rispetto della garanzia di obbiettività della norma e di uguaglianza della sua applicazione e l'esigenza di « rendere omaggio alla realtà », che deve essere « interpretata e raccordata creativamente con la norma obbiettiva », in modo tale che questa, attraverso il libero convincimento del giudice, si evolva da generica astrattezza a concretezza subbiettiva.

Il compito del giudice-interprete diviene propriamente quello di prendere sì le mosse dal significato logico, dalla 'fredda lettera' della legge, ma di procedere poi oltre *l'involucro esteriore* dell'enunciato normativo, passando — attraverso l'arricchimento di fonti sostanziali quali i principi di equità, di eticità e morale — dalla superficie alla sostanza, ossia alla teleologia illuminante rappresentata dagli scopi di tutela. Dal complesso di indagini e collegamenti che si realizzano nel processo di interpretazione della norma scaturisce, alla fine, l'illuminazione del giudice che trova espressione nella ricongiunzione di fatto e diritto, facendo sì che la norma si ripieghi, fino ad avvolgere e compenetrare il dato concreto della realtà sociale, dando luogo alla qualificazione giuridica del fatto. In questa direzione, Moro pone in evidenza il

(89) Già in *L'interpretazione del diritto*, in *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 69, Moro chiarisce che interpretare « significa prendere possesso della norma, renderla viva e attuale, adeguata cioè al caso da regolare. Interpretare le leggi, non vuol dire cogliere le parole nella loro frammentarietà, ma impadronirsi del loro spirito, di quella *vis ac potestas*, di quella energia viva ch'è in esse racchiusa e ne costituisce la ragion d'essere. Si tratta, insomma, di una penetrazione in profondità, di una compiuta appropriazione che dia vita ed efficacia concreta ad uno schema altrimenti morto ed inoperoso ».

carattere inevitabile e incoercibile della libera coscienza del giudice, il cui fisiologico apporto 'integrativo' all'interpretazione della norma si riverbera sull'esigenza di uguaglianza e di parità di trattamento, tutelata dalla Corte di Cassazione nello svolgimento delle proprie funzioni di stabilizzazione del diritto, in funzione di uniformità e di certezza. Ma, si precisa, la giurisprudenza di legittimità non può certo cristallizzare un'interpretazione permanentemente valida, giacché l'attività ermeneutica del giudice è destinata inevitabilmente ad arricchire progressivamente il sistema giuridico di soluzioni e intuizioni che lo avvicinano alla realtà sociale, cosicché lo « svantaggio » di una potenziale disparità di trattamento viene compensato da una maggiore aderenza del diritto alle esigenze profonde che attraversano l'*humus* sociale.

In questo costante mutamento che consegue agli impulsi innovativi emergenti a livello ermeneutico, Moro individua un momento fondamentale e vitale dell'evoluzione del diritto, soprattutto quando tali fattori di crescita del sistema si esprimono in interpretazioni legate ai principi fondamentali dell'ordinamento, alla Costituzione, in sé ricca di indicazioni di principio e di norme programmatiche, di affermazioni di valore che illuminano l'intera legislazione. Nel risolvere la potenziale tensione intrinseca al rapporto tra sistema giuridico e realtà sociale, la libera e non conformista interpretazione del giudice, bilanciata e corretta dall'opera stabilizzatrice della Corte di Cassazione, dà luogo ad un circolo virtuoso *in fieri*, ad un fecondo contrappunto tra energia creatrice e uniformità del giudizio, che consente all'ordinamento giuridico di accrescere la propria forza e capacità di qualificazione del fatto, sulla via della *penetrazione* sempre più profonda nella realtà sociale.

3.4. *L'umanità e la libertà di scelta quali presupposti della capacità giuridica.*

In una costruzione teorica che postula la subbiectivizzazione della norma in capo a soggetti umani e giuridici, assume rilievo primario l'analisi della figura — la persona umana ⁽⁹⁰⁾ — su cui ricade la norma obbligatoria, nella *traiettorie* che dalla dimensione dell'astrattezza conduce alla concretezza della vita sociale: le *Lezioni* affrontano le tematiche sulla soggettività nel campo del diritto penale, già approfondite nella complessa opera monografica su *La capacità giuridica penale*.

Il pregnante collegamento con il soggetto si svolge in due tempi, rappresentati, prima, dalla scelta del destinatario (verifica dell'attitudine del soggetto a 'ricevere' la norma) e, quindi, dalla successiva qua-

⁽⁹⁰⁾ La persona umana è il riferimento soggettivo e il punto di imputazione della norma.

lificazione dello stesso come punto subbiiettivo di imputazione, in cui la norma si concreta e si deposita, traducendosi in obbligo giuridico. Per essere destinatari della norma penale non è sufficiente (come avviene nel diritto civile) la qualità di persona, di essere umano: qui occorre il pieno possesso di connotati intellettivi e volitivi, di attitudini alla comprensione, alla scelta morale e intellettuale, ossia la capacità di agire (qui intesa come sinonimo di capacità di intendere e di volere, di imputabilità, in senso naturale e umano), che nel diritto penale assume un carattere assolutamente personale e insurrogabile, identificandosi in quella capacità di scelta su cui poggia il fondamento primo della pena. Di conseguenza, la possibile dissociazione tra capacità giuridica e capacità di agire, che caratterizza una branca dell'ordinamento permeata da impersonalità e patrimonialità come il diritto civile, non è possibile, invece, in ambito penale, ove le due sfere debbono necessariamente coesistere. Qui il soggetto incapace di agire viene estromesso dai destinatari della norma, sul presupposto della mancanza della capacità giuridica (quest'ultima, infatti, sta e cade con la capacità di agire). Rinnovando la metafora della *traiettorie* della norma penale, Moro osserva che, in difetto di capacità di comprendere, di volere, di scegliere, il soggetto « non è un valido destinatario della norma giuridica: è come un traguardo opaco, al quale la norma giunge senza penetrarvi; per così dire: ritorna indietro, perché essa non è ricevuta, non è ricevibile dal soggetto il quale, non sia appunto, capace di intendere e di volere »⁽⁹¹⁾. Che la norma scoccata dall'arco del legislatore « giunga o non giunga al bersaglio », dipende, dunque, dalla personalità, dal modo di essere dei soggetti, che, a seconda della normalità o sanità, li rende o meno capaci di ricevere « una sollecitazione etico-giuridica »⁽⁹²⁾.

Se la capacità a delinquere coincide con la capacità e la personalità morale del soggetto, il *deficit* di strumenti cognitivi e volitivi determina la necessità di porre il soggetto « fuori dal contesto degli obblighi giuridici », prendendo atto del fatto che, non potendo compren-

(91) MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 355; nel prosieguo (436), si fa riferimento alle « persone alle quali la norma penale non riesce a giungere, persone nelle quali la norma penale non riesce a penetrare, persone che costituiscono come un muro contro il quale si infrange, diventando vana la attitudine normativa della legge penale ».

(92) MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 437, ove si chiarisce che, talora, lungo la *traiettorie* della norma si interpongono dati di natura non squisitamente soggettiva che influiscono sulla ricezione della norma da parte del soggetto: è il caso delle fattispecie incriminatrici rivolte a una cerchia ristretta di soggetti qualificati (cd. reati propri, in cui l'integrità dei beni può essere colpita da taluni soggetti e non da altri).

dere e obbedire, il medesimo non può nemmeno essere ritenuto responsabile⁽⁹³⁾.

In sintesi, nell'ambito del processo di subbiectivizzazione della norma, si verifica, dunque, il fenomeno della scelta preliminare dei soggetti che possono essere destinatari del comando, ossia di coloro che risultino imputabili, e che, in quanto in grado di comprendere e di volere, hanno la capacità personale di essere titolari di obblighi giuridici penali e di attuarli⁽⁹⁴⁾. Nello schema moroteo non vi sono zone grigie: o si è capaci, o si è incapaci, *tertium non datur*. Nel caso, ad es., della seminfermità, non essendovi alcuna incompatibilità tra soggetto e norma, la minore punizione discende dalla personalità diminuita, dalla minore responsabilità, giacché è proprio la « qualità della persona, sul piano etico e sociale » ad assurgere a « fondamento della misura più o meno grave, più o meno significativa della pena »⁽⁹⁵⁾.

La sensibilità al tema della valutazione giudiziale della personalità dell'imputato in relazione alla capacità di intendere e di volere, assume toni eccezionalmente critici nei confronti delle scelte del legislatore, allorché, esaminando la disciplina riservata agli stati emotivi e passionali in termini di ininfluenza sull'imputabilità, Moro sottolinea il rigore e la severità della valutazione del legislatore, che nell'adottare la rigida formula codicistica va « contro la verità ». Analoghe censure vengono, altresì, rivolte alla disciplina dell'ubriachezza volontaria: pur comprendendo le ragioni di sicurezza e di difesa sociale, alla base della 'forzatura' del principio di responsabilità subbiettivo-personale, si auspica una diversa formulazione normativa e una più razionale sistemazione dei casi in cui venga commesso un reato in stato di ubriachezza

⁽⁹³⁾ Senza il possesso di caratteristiche « di intelligenza, di lucidità, di libertà di scelta che sono i contrassegni della personalità umana », senza i requisiti della piena umanità (« che fanno dell'uomo un uomo »), non vi può essere un soggetto idoneo nei rapporti penali (MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 364).

⁽⁹⁴⁾ È in quest'ottica che vengono illustrate ed esaminate le cause di incapacità previste dal legislatore nel codice penale e, in particolare, la spiccata funzione rieducativa che la pena assume nei confronti del minore tra i quattordici e i diciotto anni, riconosciuto in concreto capace di intendere e di volere e colpevole. In questo caso, rileva Moro, assume rilievo la stretta compenetrazione tra afflittività e finalità rieducativa-liberatoria (espressa in termini di bonifica, di recupero, di rinnovamento etico-sociale della persona): più che verso il passato, la sanzione guarda all'avvenire, in termini di pena medicinale e curativa, in linea con l'imperativo costituzionale (MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 374); sulle critiche (« aberrazione ») rivolte da Moro all'art. 148 c.p., nella parte in cui non prevedeva il computo del periodo trascorso in manicomio come esecuzione della pena, v. VASSALLI, *Presentazione*, cit., p. 40.

⁽⁹⁵⁾ MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 356.

volontaria. Moro spiega ai propri allievi che sarebbe più logico far rispondere il soggetto a titolo di colpa, in considerazione almeno dell'imprudenza o della scarsa considerazione dimostrata nei confronti dell'integrità dei beni giuridici. Anticipando alcuni sviluppi del dibattito successivo, viene sottolineato che tale innovazione di disciplina implicherebbe, per il caso dell'ubriachezza, il necessario ampliamento del limitato numero di casi di responsabilità per colpa previsti nell'ordinamento giuridico, facendo in modo che « quando la colpa caratterizzi uno stato di ubriachezza, la responsabilità del soggetto sia più larga che non quella generale, generica, per quanto riguarda i reati colposi »⁽⁹⁶⁾.

Se il requisito di umanità è necessario ai fini dell'assoggettabilità ad obblighi giuridici e a pene (del possesso della « cittadinanza del diritto penale in senso stretto »), il riconoscimento nel soggetto della 'tara' della pericolosità sociale è sufficiente, di per sé, in caso di commissione di un fatto di reato, per la sottoposizione a misure di sicurezza finalizzate, a titolo di prevenzione e in funzione curativa, a neutralizzare e bloccare gli attacchi alla società che possono partire da un siffatto « centro di infezione sociale », « punto pericoloso di attacco per l'incolumità dell'ordine giuridico ».

3.5. *Il volto morale del soggetto quale misura della pena.*

Dopo avere precisato « in quali condizioni il soggetto possa ricevere la norma penale »⁽⁹⁷⁾ ed avere analizzato la *capacità di diritto penale*, Moro passa ad esaminare i riflessi della conformazione della personalità del soggetto sull'entità variabile della pena ossia l'influenza dei dati subbiettivi sulla valutazione discrezionale del giudice. Al fine di rappresentare in modo più chiaro il « disegno del fenomeno del diritto penale », si ritiene preferibile « estrarre » questi « elementi squisitamente soggettivi, inerenti alla personalità del soggetto » dalla loro collocazione tradizionale, rappresentata dall'esercizio del potere discrezionale del giudice, e trasporli « nel tema più vasto della capacità penale, per richiamare l'attenzione sul fatto che esiste una personalità del soggetto, una caratteristica personale del soggetto ». Se i soggetti sui quali insiste la norma e ricade la responsabilità sono tutti uguali quanto a capacità giuridica, « nessun uomo è uguale all'altro », quanto

⁽⁹⁶⁾ MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 415, ove si aggiunge che « niente vieta che la pena per questi reati da considerare colposi, sia più grave che non — ed è di regola relativamente lieve — la pena che viene riservata in generale per i casi di responsabilità colposa ».

⁽⁹⁷⁾ MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 417.

a grado di umanità e di libertà. Si tratta, allora, di accertare l'influenza del tipico modo di essere della persona sulla quantità della pena, « misurando » il soggetto (capace) dal punto di vista morale e sociale, valutando il grado della « malvagità » del suo temperamento. In questa direzione, il giudice deve valutare lo « spessore » della capacità del soggetto, il suo grado di umanità e di libertà, il livello della sua moralità e sensibilità sociale, in sintesi, la capacità a delinquere da cui Moro fa dipendere la misura del rimprovero e della responsabilità. Si rimane, è doveroso precisarlo, all'interno di un diritto penale delle azioni: la prima valutazione che il giudice è chiamato a svolgere, attiene al fatto delittuoso, al singolo reato commesso e la misura della pena è determinata anche in funzione oggettiva. Non vi è dubbio, però, che il modo di essere, l'orientamento e la sensibilità etica del soggetto assumano un ruolo assolutamente preponderante nell'economia della trattazione. Nel quadro della « enorme diversità di casi concreti » che impongono al giudice un attento dosaggio della risposta sanzionatoria, l'indagine si polarizza, infatti, quasi esclusivamente sui fattori di commisurazione legati alle condizioni personali del soggetto, il quale deve essere « guardato » non soltanto attraverso il prisma del reato compiuto, ma « per quello che è, alla luce degli elementi rivelatori della sua personalità morale »⁽⁹⁸⁾, la quale conferisce a ciascun fatto una 'colorazione' diversa.

Sul presupposto secondo cui « dietro il reato resta sempre il soggetto », il tema della capacità a delinquere intesa come « capacità a compiere delle scelte moralmente e socialmente valutate », viene sviscerato analiticamente, sotto il profilo dei singoli fattori personali. Trattando dei motivi a delinquere, viene, ad es., evocato l'intenso « intrecciarsi di sentimenti, di risentimenti, di ricordi, di prospettazioni a venire », « questo crogiuolo della volontà » che precede l'azione e che sospinge il soggetto, scosso da motivazioni, verso il delitto.

È, però, a proposito del carattere del reo che l'attenzione riservata al profilo interiore dell'uomo raggiunge il proprio acme: il richiamo legislativo al carattere del reo deve, infatti, secondo Moro intendersi riferito al « contrassegno della personalità » al « volto morale » della persona. Respingendo, correggendo o, viceversa, lasciando operare, determinate spinte derivanti dalla nostra costituzione, veniamo formando e costruendo noi stessi, creando il nostro carattere. Quale esito di « una vibrazione della persona » e di un processo di formazione, il temperamento e il modo di essere della persona che si compendiano nel carattere, ci danno modo di « comprendere e di misurare il dramma costituito dalla

(98) Più volte si sottolinea, infatti, che la pena non raggiunge il soggetto esclusivamente attraverso l'azione delittuosa che ha compiuto, ma lo raggiunge guardando anche alla configurazione del soggetto, secondo un criterio complementare, ricco di significati (v., ad es., MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 431).

decisione delittuosa di un soggetto », valutando le resistenze dal medesimo concretamente opponibili alle spinte verso la commissione dell'illecito. La pena deve essere commisurata secondo la struttura etico-sociale del soggetto: ciò che viene in considerazione ai fini della repressione è la personalità morale della persona, quale responsabile in proprio per le scelte antisociali compiute nel commettere il reato.

Ma la personalità del soggetto non può non rilevare, se pur in una luce diversa, anche in rapporto all'altro binario del sistema penale, rappresentato dalla prevenzione. Se in ambito repressivo il giudizio sulla personalità deve essere condotto con parametri di natura morale, rimproverando il soggetto per l'azione compiuta, ma anche, aldilà di essa, per « quello che egli è », sul versante, invece, della prevenzione, si è di fronte ad un dato obbiettivo — la pericolosità sociale — che, non essendo espressione della cattiva volontà del soggetto o della cattiva conduzione della sua vita, non è rimproverabile al soggetto. I medesimi dati ed elementi caratterizzanti la personalità si prestano, dunque, a fungere da oggetto di un duplice e distinto giudizio, ora volto, in chiave repressiva rispetto al reato commesso, a definire la capacità a delinquere secondo una prospettiva morale e sociale, ora, invece, proiettato verso il futuro, secondo criteri obbiettivi, privi di risvolti morali, a determinare la pericolosità in funzione preventiva e profilattica.

3.6. *La reiterazione criminosa tra personalità morale e pericolosità sociale.*

L'idea secondo cui la personalità del soggetto può, dunque, essere qualificata ora in senso morale (in termini di malvagità, di contraddizione rispetto all'ordinamento giuridico) ora, invece, nel senso della pericolosità (in potenziale urto con l'ordinamento giuridico), attraversa anche l'indagine, ampia e articolata, sulla reiterazione criminosa. Nel quadro del parallelismo instaurato tra personalità morale e personalità sociale, il fenomeno della ricaduta nel delitto può assumere un duplice significato: repressivo oppure preventivo. Quello di « indizio di una personalità che merita di essere più severamente punita », in quanto espressiva di un « uomo moralmente tarato », da un lato, oppure quello di pericolosità che « merita di essere intensamente curata sul piano sociale, per evitare che essa diventi un centro di infezione, di corruzione della società », dall'altro ⁽⁹⁹⁾.

La disciplina codicistica della reiterazione criminosa viene idealmente divisa in due parti: alla prospettiva repressiva (e, cioè, al giudi-

⁽⁹⁹⁾ Quest'ultima caratterizzazione degli aspetti teleologici della prevenzione appare, peraltro, singolarmente sbilanciata sui riflessi morali nella società.

zio di riprovazione morale) è ricondotto l'istituto della recidiva, mentre le figure dell'abitualità, della professionalità e della tendenza a delinquere, vengono considerate nell'ambito — avulso da giudizi morali — della prevenzione.

Alla luce del fatto che, dal punto di vista dei contatti precedentemente intervenuti tra il soggetto e la norma giuridica, il passato del reo non incide soltanto, *ex art. 133 c.p.*, sulla commisurazione della pena tra massimo e minimo edittale, bensì « deborda », per diventare un elemento autonomo di più grave punizione del soggetto, Moro si sofferma sul fondamento della più grave valutazione etico-giuridica avente ad oggetto il passato di rottura, con l'ordinamento penale. L'indagine giudiziale sulla struttura etico-sociale del soggetto si deve estendere a considerare, aldilà del fatto commesso, ciò che egli è stato di fronte al sistema di vincoli sociali rappresentato dal diritto penale. Un'eventuale « persistente, cattiva volontà del soggetto », un « atteggiamento ostile, non episodico ma reiterato e, in certo modo, connotato, di rottura con l'ordinamento giuridico », finisce con lo scavare nella coscienza del soggetto un solco, un'attitudine, che in termini morali viene definita « viziosa » e che avvolge la persona *nell'abito della delinquenza*, rendendo « diverso » il delitto reiterato e imponendo una risposta punitiva più grave nella scala delle penalità, in considerazione del maggiore allarme sociale.

Ad 'illuminare' il fatto di tutta la sua luce, rivelando la personalità dell'autore, quale si è venuta configurando nel corso dell'esperienza esistenziale e di delinquente, è l'istituto della recidiva, che impone di riconoscere una specifica e distinta rilevanza ad un fattore — quello dei precedenti penali del reo — in prima battuta destinato a influire sulla definizione della capacità a delinquere ⁽¹⁰⁰⁾. Inquadrate il fondamento in un contesto subbiottivistico (ossia in rapporto al modo di essere dell'autore del reato, e non già all'intensità e alla quantità del dolo), la recidiva viene considerata come un dato che è inserito nella personalità e che la qualifica. Il *quid pluris* di pena che da tale qualità discende si radica sul modo di essere del soggetto e più precisamente su una colpa di carattere personale, per la conduzione generale di vita, il cui disvalore complessivo, riflettendo una colpa plurima che qualifica la persona, merita riprovazione e, in funzione repressiva, un castigo sociale che si sostanzia nell'aumento della pena. È qui che si innesta la critica alla tendenza indulgenziale del legislatore: si osserva, infatti, che, una volta accertata la costante inclinazione del soggetto verso il

⁽¹⁰⁰⁾ Moro critica le dottrine contrarie alla rilevanza del passato delittuoso, sul presupposto che, valorizzando la meccanica valutazione dei fatti delittuosi, esse farebbero scomparire la figura del soggetto, livellando la dimensione umana e personale del reato (MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., pp. 449 ss.).

reato e la persistente volontà delittuosa, dovrebbe fare seguito, logicamente (così come disponeva la disciplina previgente), l'aggravamento della pena, secondo un criterio di obbligatorietà, ma, invece, una « riforma liberaleggiante » inclina adesso, illogicamente, « verso la facoltatività del riconoscimento e della punizione del recidivo »⁽¹⁰¹⁾.

Passando all'analisi delle specifiche ipotesi legislative dell'abitudine, della professionalità e della tendenza a delinquere, Moro sottolinea che fra le due prospettive — morale e preventiva — in cui è possibile inquadrare questa triade di figure soggettive, deve essere presa in considerazione solo la seconda, in rapporto all'allarme sociale. Se è indiscutibile, ad esempio, che l'abitudine possa essere assunta *anche* sotto un profilo di responsabilità morale, « perché chi più volte si abbandona al delitto », ha lasciato creare nella sua personalità una caratterizzazione viziosa, come tale riprovevole, che poteva essere evitata (« la figura dell'abituale è la figura di un uomo che non ha saputo ben dominare se stesso, che non ha saputo gestire la propria vita »)⁽¹⁰²⁾, ciò che qui rileva, è, però, la valutazione dell'ordinamento giuridico in termini obbiettivi di pericolosità sociale e di prevenzione, al di là di ogni giudizio morale. In aggiunta alle sanzioni repressive (che si fanno carico delle esigenze di riprovazione), le misure correttive, di profilassi sociale, mirano, appunto, a « rompere la spirale dell'abitudine », a « interrompere questo pauroso ciclo del ricadere nel delitto », che è diventato ormai un contrassegno della personalità del soggetto (in sé capace penalmente). La necessità di tracciare il discrimine tra rilevanza morale (repressione) e valutazione obbiettiva di pericolosità (prevenzione), si ripropone anche in tema di delinquente professionale, nonché, soprattutto, in riferimento alla figura della *tendenza a delinquere*, che in quanto incentrata sull'« insensibilità morale », sull'« indifferenza al sangue », risulta emblematica della difficoltà di distinguere e di separare l'accentuata esigenza di riprovazione morale insita nella pena e la logica della salvezza della società, intrinseca alla misura di sicurezza.

Per contrasto, questa *actio finium regundorum* volta ad espungere dall'area della prevenzione qualsiasi profilo di riprovevolezza, sortisce

⁽¹⁰¹⁾ MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 459.

⁽¹⁰²⁾ MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 465 (« perché potesse essere impedita, bastava che il soggetto reagisse con più vigore alla spinta delittuosa che reiteratamente gli si presentava. Il non averlo fatto, come del resto avviene nel mondo morale, il non aver saputo resistere ad una spinta reiterata verso la violazione di una norma — sia una norma morale, sia una norma giuridica — è certamente un segno di cattiva condotta della vita da parte del soggetto e, quindi, ricade su colui che abitualmente infrange la norma morale, la norma giuridica, cioè pecca più volte, o delinque più volte, un giudizio morale negativo »).

l'effetto di restituirci un edificio repressivo, fortemente permeato di caratterizzazioni morali, in cui la costatata circolarità e affinità tra vizio e reato, tra peccato e delitto, conduce ad identificare il fondamento della responsabilità penale (intesa come attitudine dell'autore del reato a ricevere la norma penale e a essere sottoposto a pena) nella responsabilità morale.

3.7. *La concezione del reato.*

Nella parte conclusiva delle *Lezioni*, introducendo il tema della definizione del reato, Moro espone la necessità di chiarire il carattere « apparente » di due tradizionali distinzioni concettuali, ricorrenti nella teoria generale del reato. Sia la presunta alternativa tra configurazione sostanziale (« realtà dell'urto con gli interessi sociali ») e concezione formale (« rispondenza alla previsione legislativa ») del reato ⁽¹⁰³⁾, sia il supposto contrasto tra visione oggettiva e visione soggettiva dell'illecito penale, debbono, secondo l'autore, essere in ogni caso risolti nel senso dell'integrazione reciproca, dell'unità, dei due piani. Nella prima ipotesi, l'esigenza, imprescindibile, della legalità formale non potrebbe essere arbitraria e disconoscere la ragione di fondo dell'incriminazione, costituita dal contrasto del fatto con i valori umani della vita sociale. Parimenti, l'indicazione alternativa tra la visione del reato come rottura del tessuto sociale, come fatto che turba le condizioni della vita associata, da un lato, e la considerazione del medesimo come atto di ribellione, frutto di cattiva volontà e come tale oggetto di valutazione morale, dall'altro, non può — nell'ottica di integrazione prescelta dall'autore — che essere respinta: l'illecito penale deve essere definito, ad un tempo, come produzione di danno sociale, riferibile alla colpevole e riprovevole disobbedienza del soggetto.

Per quel che concerne il metodo di indagine e di presentazione del concetto di reato, più che l'adesione formale ad una vera e propria concezione unitaria (o sintetica) del reato, si avverte la preoccupazione (questa sì davvero costante), di non disgiungere mai, in sede di approfondimento dei singoli aspetti strutturali, la componente materiale dell'illecito dalla personalità del suo autore. Da qui l'estraneità al lessico moroteo di espressioni, quali *elemento* o *parte* del reato, che, implicando una scomposizione di una nozione intrinsecamente unitaria e armonica, finirebbero con il contraddirne o disgregarne l'essenza. Se il reato è una sintesi di energia spirituale di energia fisica, un fatto, espressione di una manifestazione della personalità, che partendo della volontà, si riverbera nella vita sociale, diviene imprescindibile, anche

⁽¹⁰³⁾ Cfr. TRITTO, *Il valore della persona umana*, cit., p. 57.

nell'analisi giuridica, non perdere mai di vista il nesso indissolubile tra *factum* e *voluntas*, qualificante l'essere umano.

A proposito del modello bipartito (e, in particolare della distinzione classica tra forza fisica e forza morale), si riconosce l'opportunità di adottare una visuale *ad hoc*, volte a valorizzare ora l'uno, ora l'altro aspetto dell'illecito, ma soltanto a fini didattici ed esplicativi, giacché, sul piano ontologico, ogni fatto umano (e quindi anche il reato) comprende volontà e realizzazione, volontà e atto ⁽¹⁰⁴⁾.

Sul presupposto della limitatezza e della sterilità di prospettive di indagine inclini a considerare il fatto umano in sé, a prescindere dal nesso con il sistema delle norme, Moro mette a fuoco l'ulteriore *nota caratteristica* del reato, rappresentata dall'*antigiuridicità*, ossia il rapporto di contraddizione con l'ordinamento giuridico equiparato ad « una sorta di sangue che circola nel corpo », nella realtà del reato, « come la linfa ». In continuità con la teoria dell'*antigiuridicità* penale, già sviluppata nell'omonimo studio monografico del 1947, viene precisato che questo rapporto di antitesi « non è una parte del reato, è il tutto », nel senso che « tutto il reato, nel suo insieme » è qualificato da questa contraddizione e, che, quindi, il senso della diversità circola e contrassegna tutto intero il reato », designando l'« in sé » o essenza dell'illecito penale ⁽¹⁰⁵⁾.

La qualifica generale di contraddizione con il diritto assume, peraltro, forme diverse a seconda che si consideri l'atto di volontà oppure la realizzazione del medesimo sul piano sociale e naturalistico, in ciò riflettendo i due correlativi aspetti del diritto (comando e sistema di valori sociali). Dal punto di vista soggettivo, l'antitesi si realizza con l'impulso o comando indirizzato alla volontà del soggetto (diritto come imperativo vincolante le scelte etico-giuridiche), nel senso che il destinatario della norma non risponde (disobbedisce), all'appello che il diritto ha compiuto. Dal lato oggettivo, assume, invece, rilievo la comparazione con il diritto come sistema di valori sociali: sarà valutato *obiettivamente antigiuridico* quel frammento di vita sociale in contrasto con il sistema di valori prevalenti in forza delle norme di una certa società. I due aspetti — *antigiuridicità soggettiva*, quale espressione della rottura del vincolo di sudditanza o obbedienza nei confronti dell'ordi-

⁽¹⁰⁴⁾ Infatti, in accordo alla tendenza a privilegiare il momento della libera scelta (o decisione), il fatto umano viene distinto in atto puntuale di volontà e nella traduzione di questa iniziativa in un risultato sociale.

⁽¹⁰⁵⁾ Come osservato da PADOVANI, *Diritto penale*, 7^a ed., Milano, 2004, p. 137, la locuzione « *antigiuridicità penale* » viene utilizzata per indicare « la natura penalmente illecita del fatto », designando « semplicemente la presenza di un reato completo di tutti i suoi requisiti costitutivi (fatto tipico; *antigiuridicità* obbiettiva; colpevolezza) ».

namento giuridico e *danno sociale* — si compendiano, fondendosi nella globale contrarietà del fatto al diritto.

La dottrina dell'*antigiuridicità* si presta sia a saldare l'analisi bipartita con il piano del diritto, sia ad « assorbire » la scansione degli elementi del reato propria dell'indicazione tripartita. In effetti, l'analisi tripartita del reato corrisponde, nella visione di Moro, rispettivamente alla sintesi tra atto e volontà descritta dal diritto (*fatto tipico*), alla danosità sociale (*antigiuridicità obbiettiva*, nell'accezione della tripartizione) e, infine, alla disobbedienza, al « no » che il soggetto dice al diritto, con la propria volontà personale (identificante il momento della *colpevolezza*). Si tratta di vari aspetti che possono sì essere colti singolarmente, « come in una sequenza cinematografica rallentata », ma che non debbono oscurare il carattere complesso del fatto, come episodio della vita umana che si inserisce nella realtà storica con il significato ad esso attribuito dal collegamento con il diritto ⁽¹⁰⁶⁾.

Moro utilizza anche questa volta la metafora della *traiettoria*, per rappresentare il processo di realizzazione della volontà che, partendo dalla decisione interiore del soggetto, procede attraverso una serie di atti di concretizzazione e di modificazione della vita sociale, sino al punto di arrivo, al risultato, rappresentato dalla modificazione peggiorativa della realtà sociale (che dà contenuto e senso compiuto all'atto alla volontà). Si tratta, dunque, di una sequenza, al contempo fisica e psicologica (o morale), che lega il risultato rilevante per il diritto penale alla decisione del soggetto, alla sua volontà. Una traiettoria mirata e causale, espressione di quel dinamismo fisico e spirituale (iniziativa decisionale del soggetto modificativa della realtà sociale), cui si rapporta funzionalmente la pena (e cui non può, invece, collegarsi la misura di sicurezza, in quanto correlata al modo di essere, allo stato della persona, e cioè ad un dato relativamente statico).

Anche in tema di note costitutive del reato, torna il richiamo al parallelismo tra vita morale e vita giuridica. Così, ad esempio, in tema di omissione, l'esperienza giuridica dell'aspettativa da parte del potere

⁽¹⁰⁶⁾ In *L'antigiuridicità penale*, cit., p. 133, Moro sottolinea la necessità di rivedere la tradizionale tripartizione: « il reato è infatti un tutto unitario, atto umano di determinante contenuto negativamente significante dal punto di vista etico-giuridico. In questo tutto si può distinguere [...] idealmente e per un momento solo, il fatto nel suo generale significato umano, e perciò sempre come categoria di valore, ed esso medesimo nella sua caratteristica contrarietà al diritto, che può a sua volta essere considerata sotto il profilo obbiettivo o subbiettivo. Ma propriamente fatto e antigiuridicità (comprensiva quest'ultima naturalmente della colpevolezza) non sono né elementi, né momenti, né aspetti del tutto unitario che è il reato. Perché tutte queste notazioni danno troppo ancora il senso di una concreta separazione di parti, e, per il pericolo di generare l'equivoco, meglio è che siano per prudenza rifiutate ».

sociale, di determinati comportamenti modificativi della realtà nell'interesse della collettività, viene accostata all'esperienza morale dell'attesa della coscienza. In entrambi i casi, le finalità (moralì e giuridiche) sono perseguite mediante un'azione considerata come un dovere, ossia su un dato che fonda la realtà *normativa* e *spirituale* del comportamento omissivo.

In sintesi: se l'analisi del fatto umano risente della tendenza di fondo a considerare le componenti oggettive nella loro stretta penetrazione con la volontà, la trattazione del tema dell'antigiuridicità obbiettiva segna il passaggio dalla realtà umana alla considerazione dell'accadimento della vita sociale, sotto il profilo della sua qualità giuridica (in termini di contraddizione con l'esigenza di ordine del diritto).

3.8. *La volontà come illuminazione.*

Nonostante la collocazione finale — in accordo alla tradizione — nell'ordine di trattazione delle singole note costitutive del reato, l'aspetto soggettivo dell'antigiuridicità, quale antitesi dell'atto di volontà con il sistema di impulsi e di orientamenti etico-sociali nascenti dal potere pubblico, assume — per la propria 'densità' morale — un ruolo prioritario nella complessiva visione del reato. Sulla decisione del soggetto che mette in moto, *illuminandola*, la catena causale, si fonda la concezione squisitamente normativa della colpevolezza che permea le *Lezioni* ⁽¹⁰⁷⁾: è, infatti, l'atto di volontà, nelle due forme del dolo (volontà diretta a realizzare un obbiettivo oggettivamente illecito) e della colpa (quale volontà che perviene non intenzionalmente al medesimo risultato) ⁽¹⁰⁸⁾, a costituire l'oggetto del giudizio di antidovero-

⁽¹⁰⁷⁾ In continuità con la definizione di colpevolezza contenuta nel volume sull'antigiuridicità del 1947: « la colpa normativa è dunque riprovevolezza (*Vorwerfbarkeit*), la possibilità di un rimprovero personale dell'agente per la sua azione antiggiuridica. Anzi questa essenziale caratteristica è stata così accentuata, che si è finito, poco a poco, per prospettare un concreto giudizio di valore espresso dal giudice, il quale giudizio appunto pone la categoria della colpa come biasimevole contrarietà all'obbligo » (sul punto v. BETTIOL, *La concezione della pena*, cit., pp. 74 e s.).

⁽¹⁰⁸⁾ Se il dolo assume i connotati di un attacco frontale all'ordinamento, la colpa viene, invece, delineata come una forma attenuata di volontà, che non si frappone frontalmente al comando giuridico, ma che lo elude attraverso una condotta riprovevole perché incurante delle esigenze dell'ordinamento, denotando un'inammissibile indifferenza alle esigenze di tutela e alle norme che impongono di adottare cautele atte a prevenire danni sociali; sulla volontà dell'evento che caratterizza talune ipotesi colpose (cd. colpa impropria), v. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., p.

sità, intorno al quale ruota la concezione morotea della colpevolezza. Nel caso del dolo, inteso come « cattiva volontà », che non ci doveva essere, siamo di fronte ad una coscienza e a una volontà illuminate pienamente, ad un fatto, veramente *proprio del soggetto* (quello « più suo che si possa immaginare »), in cui è pienamente impegnata la sua personalità e la sua capacità di realizzazione ⁽¹⁰⁹⁾. La definizione codicistica del coefficiente doloso come « volere secondo l'intenzione » viene suggestivamente accostata alla tensione della volontà, « ad un arco del volere che deve tendersi e deve giungere fino al bersaglio dell'evento come evento avuto di mira » ⁽¹¹⁰⁾.

È in questo contesto che si inserisce la trattazione di uno dei temi delle *Lezioni*, quello dell'ignoranza della legge penale, che oggi, alla luce della scarsa valorizzazione giurisprudenziale della fondamentale sentenza n. 364/1988 della Corte Costituzionale ⁽¹¹¹⁾, si rivela (non soltanto retrospettivamente) di grande interesse, per la sensibilità dommatica e l'incisività delle osservazioni critiche. In ordine alla necessità o meno che il soggetto sia conscio e voglia il fatto « nel suo significato di opposizione al diritto », Moro non esita a dichiarare « assurdo » il perentorio principio della inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, di cui al disposto dell'art.5 c.p., giacché la considerazione del fatto nella sua mera struttura materiale e naturale, come dato bruto e cieco, avulso dal suo significato sociale e dal suo inserimento nel mondo dei valori etico-giuridici, non può che rivelarsi preclusiva di un giudizio di autentica colpevolezza e risolversi, quindi, in una responsabilità di natura oggettiva ⁽¹¹²⁾.

568, in cui si chiarisce che, in tali casi, presentandosi in un quadro diverso da quello reale, l'evento non è comunque mai voluto dal soggetto per quello che esso è.

⁽¹⁰⁹⁾ Per un approfondimento del tema della colpevolezza, alla luce dei nuovi scenari aperti dalla problematica dell'errore sul divieto, v. G.A. DE FRANCESCO, *Il problema della colpevolezza tra pensiero giuridico ed evoluzione del sistema normativo*, in AA.VV., *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto* (Atti dell'incontro di studio. Firenze 26-28 settembre 1996), a cura di P. Grossi, Milano, 1997, pp. 425 ss.

⁽¹¹⁰⁾ MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 561; interessante si rivela, altresì, la definizione del dolo specifico quale volontà di secondo grado (sul punto v., MORO, *L'antigiuridicità*, cit., p. 69 ss.).

⁽¹¹¹⁾ C. Cost. 23.3.1988, n. 364, in « Foro it. », 1988, I, pp. 1385 ss., con nota di FIANDACA; sul tema dell'errore sul divieto, v. PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in « Riv. it. dir. e proc. pen. », 1988, pp. 935 ss. (dello stesso autore, v., altresì, v. *Ignoranza della legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, pp. 122 ss.

⁽¹¹²⁾ Sulla concezione di colpevolezza in senso normativo e sulla posizione cri-

In linea con l'orientamento del tempo — tendente a ovviare, mediante la valorizzazione dell'autonomia dell'offesa nell'ambito dell'oggetto del dolo, all'inusitato rigore con cui l'art. 5 c.p. precludeva ogni rilievo scusante all'ignoranza della legge penale, disconoscendo e livellando « l'atteggiamento personale del soggetto verso i valori tutelati »⁽¹¹³⁾ — l'autore ritiene impensabile che il soggetto possa essere rimproverato per il fatto commesso, se non ha avuto una certa consapevolezza del carattere illecito, del significato negativo e antigiusurico del fatto stesso. Il soggetto, in tanto può essere rimproverato per avere voluto il fatto, in quanto abbia consapevolmente indirizzato la propria volontà ad un contenuto in contrasto con le valutazioni etico-giuridiche, con i valori, espressi nelle norme penali, giacché, lungi dall'assumere una consistenza 'piattamente' naturalistica, nel caso del dolo, la volontà colpevole è, anzitutto, volontà normativa, ossia « giudicata negativamente dal diritto », in quanto espressione di una determinazione contraria al diritto e consapevole del significato etico-giuridico del fatto. In questo senso, come osservato da Vassalli, il rinnovato riferimento alla « coincidenza normale, universalmente riconosciuta, degli ordinamenti giuridico ed etico », già presente nella monografia del 1947 in tema di antigiusuricità penale⁽¹¹⁴⁾, prelude alla successiva revisione dell'art. 5 c.p., ad opera dell'allievo Dell'Andro, che avrebbe valorizzato i molteplici richiami del maestro alla necessità di un rimprovero propriamente soggettivo, in linea con quel processo di subbiettivizzazione della norma che, considerato dal lato del destinatario, richiede la percezione del disvalore sociale del fatto e la consapevolezza di contraddire il comando giuridico⁽¹¹⁵⁾.

È nella motivazione che risiede, dunque, secondo Moro, la « personale contrarietà all'obbligo » e, cioè, « quel momento etico di colpevolezza, che conferisce al reato il *pathos* della riprovazione sociale

tica assunta da Moro sin dal 1947 nei confronti della presunzione intollerabile rappresentata dall'art. 5 c.p., v. BETTIOL, *La concezione della pena*, cit., p. 75.

(113) PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 188.

(114) Sul punto, v. CONTENTO, *Il volto umano*, cit., p. 34.

(115) Le lezioni si concludono con la trattazione del tema del tentativo: aldilà dell'esposizione dei profili istituzionali, spicca la critica conclusiva, rivolta da Moro alla differenza di effetti che, sul piano premiale, conseguono rispettivamente alla desistenza e al recesso. Secondo l'autore, infatti, il nostro codice, nell'ipotesi del recesso, « con una coerenza alquanto crudele, stabilisce che non vi sia la impunità », come avviene nel caso della desistenza, ma prevede soltanto una diminuzione di pena. « Il che non è — ad avviso di Moro — del tutto logico e forse non è nemmeno elemento incoraggiante tale da favorire questi ripensamenti sui quali pure l'ordinamento giuridico deve contare per concorrere a realizzare l'integrità del bene giuridico » (MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 587).

(*Vorwerfbarkeit*). Tutto il significato della motivazione è nel fatto che essa implica un prendere posizione, personale ed autonomo, del soggetto di fronte alle esigenze proposte dal diritto in relazione ai valori che esso dichiara obbiettivamente giusti. Mentre per essa si prospetta al soggetto il vario gioco dei motivi nel loro compiuto significato, si permette una scelta cosciente, sulla quale si fonda a buon diritto il merito o il demerito per la decisione presa »⁽¹¹⁶⁾.

4. *Uno sguardo d'insieme.*

L'assorto distacco confronti delle problematiche applicative e il *favor* riservato alla trattazione di aspetti teorici, legati ai grandi principi, mantengono quest'opera in una dimensione di persistente, singolare, attualità. Pur dovendo riconoscere che molte delle tendenze già in atto alla metà degli anni Settanta (come, ad esempio, la decodificazione, ossia l'incontrollata espansione della legislazione penale complementare, a scapito della tradizionale centralità del codice), non trovano spazio nella trattazione (né tanto meno prospettive autenticamente politico-criminali), ciò nonostante, non è tanto l'anacronismo o il difetto di attualità, ad inficiare negativamente i contenuti delle *Lezioni*. La visuale dommatica e formalistica⁽¹¹⁷⁾, sospesa in una dimensione 'atemporale', prescelta per illustrare i singoli istituti, fa sì che, nonostante i notevoli rivolgimenti e cambiamenti giuridici e sociali intervenuti *medio tempore*, la trattazione mantenga, pressoché, inalterato il proprio 'spessore' filosofico. Ciò vale, soprattutto, per l'idea della predestinazione e della progressione teleologica dell'ordinamento giuridico verso l'affermazione della verità morale, nonché, per la persistente originalità delle rappresentazioni concettuali (*in primis*, la complessa teoria della subbiettivizzazione). A prescindere dall'iper-pubblicizzazione degli oggetti di tutela e dalla opinabile svalutazione del momento individuale (che 'deforma', in ultima istanza, il concetto di libertà, declinandolo in senso meramente *sociale*), a dover essere messo in discussione è, soprattutto, l'assunto alla base della concezione morotea, ossia l'assolutistica idea della piena riconoscibilità dei due poli della relazione morale, la preesistenza di valori, la cui verità sarebbe oggetto di progressiva comprensione da parte dell'uomo come singolo e come parte di collettività sociali. L'acritica fiducia nel fondamento morale del sistema punitivo, valido ormai, forse, soltanto per il cd. *Kernstrafrecht*, deve

⁽¹¹⁶⁾ MORO, *L'antigiuridicità*, cit., p. 84 e s.; sul processo dei motivi, v. VASSALLI, *Presentazione*, cit., p. 34.

⁽¹¹⁷⁾ Sul dommatismo e sul formalismo delle opere giovanili, v. VASSALLI, *Le funzioni della pena*, cit., p. 56.

fare i conti con la 'neutralità' e l'artificialità del diritto penale complementare. La difficoltà di entrare in 'contatto' con il diritto positivo e con le tensioni politico-criminali, è accentuata dalla sensibile distanza che gli svolgimenti dogmatici mantengono dalla dimensione applicativa: l'elaborazione raggiunge, talvolta, un tale livello di formalismo, da risultare, pressoché, impraticabile nella concretezza dell'esperienza giuridica. A contare veramente, più che i contenuti normativi, sono i valori e i fini, colti nella loro processualità storica: un sistema teleologico che imprime al diritto positivo una sorta di curvatura trascendentale.

Nell'insieme, questi profili caratterizzanti proiettano l'umanesimo delle *Lezioni* morotee nell'*aura* di una *visione* idealistica, che segue, « dall'alto », il divenire finalistico dell'esperienza giuridica.

PAOLO GROSSI

UN SALUTO
ALLA GIOVANE STORIOGRAFIA GIURIDICA BRASILIANA

(a proposito di Laura BECK VARELA,
Das Sesmarias à Propriedade moderna:
Um Estudo de Historia do Direito Brasileiro)

1. Una delle non poche fortune della mia vita accademica è stata sicuramente la familiarità con ambienti universitarii di quella grande realtà sociale economica culturale che è il Brasile, l'universo brasiliano: soprattutto con la Università di San Paolo, dove si stagliava un Maestro e uno scienziato ammirato in tutto il mondo, il filosofo del diritto Miguel Reale, che mi fa piacere di salutare vegeeto novantacinquenne (*); con la 'Universidade Federal do Rio Grande do Sul' in Porto Alegre, dove ho tenuto, nel 1995, un indimenticabile 'curso de mestrado' sulla storia del pensiero giuridico moderno e dove potei stringere un forte rapporto di amicizia con un grande civilista intimamente legato alla robusta tradizione culturale francese e tedesca, Clovis do Couto e Silva, di cui ancora oggi depreco la morte prematura con un danno irreparabile per la intiera cultura giuridica brasiliana.

Questa mia familiarità fu per me fonte di accrescimento intellettuale particolarmente in grazia di precisi incontri personali, quelli — cui or ora accennavo — con un filosofo del diritto e con un civilista. Non mi fu dato, invece, di incontrare storici del diritto, per la semplicissima circostanza che mancavano nelle Facoltà giuridiche delle Università brasiliane colleghi che si occupassero professionalmente della

(*) Il presente testo veniva scritto nel gennaio del 2006. Purtroppo, il 14 aprile scorso, un infarto fulminante stroncava di colpo la vita di Miguel Reale. Mi è caro porgere alla memoria del grande filosofo e giurista un pensiero riverente, colmo di gratitudine per la preziosa eredità che Egli ci ha lasciato con una ininterrotta ricerca intellettuale.

storia del diritto; la quale era lasciata alla buona volontà e alla passione di qualche cultore del diritto positivo, che poteva anche dedicare un po' del suo tempo a scrivere un 'corso', una sorta di 'manuale' (come è nel caso dell'internazionalista Haroldo Valladão), o poteva riservarsi dello spazio in seno a un proprio raffinato programma culturale (come è nel caso di Clovis do Couto e Silva); restava, però, ben rinserrata all'interno di singole avventure intellettuali senza alcuna traduzione negli ordinamenti istituzionali delle Università.

Ma il tempo non scorre mai invano, e lo storico del diritto, che scrive queste pagine ormai vecchio e ormai al termine della sua vita accademica ufficiale, ha la soddisfazione di constatare un mutamento sostanziale rispetto a quello che, nei tempi passati, mi appariva soprattutto come glaciale indifferenza; soddisfazione raddoppiata dalla ulteriore congiunta constatazione che una delle spinte propulsive del mutamento stava (e sta) in un certo modello di storia del diritto affermato e disegnato da una piccola comunità di studio facente capo alla Facoltà giuridica fiorentina, modello che aveva attirato l'attenzione di parecchi giovani studiosi brasiliani e che aveva fatto di Firenze un luogo privilegiato per le loro ricerche e la loro formazione.

È, per l'appunto, a questi giovani, verso cui nutro un sentimento di vivissima stima, che è rivolto questo esiguo ma sincero saluto, augurio ed omaggio; e, insieme, lo sprone a non fermarsi, a portare avanti il loro progetto culturale, a diffonderlo nelle *ancora* tante Facoltà giuridiche brasiliane dove *ancora* stagna un clima di grezza professionalità e tecnicità. E mi piace fare espressamente alcuni nomi: nella Università paulista José-Reinaldo de Lima Lopes, con i suoi discepoli; in quella di Santa Catarina, a Florianopolis, Arno Dal Ri, contornato a sua volta da bravi allievi; in quella del Paranà, a Curitiba, Ricardo Marcelo Fonseca, del quale non posso non rammemorare la lunga e per me gradevolissima consuetudine fiorentina. A questi vorrei aggiungere Judith Martins Costa, prestigiosa civilista, discepola prediletta di Couto e Silva, che dal grande scienziato riograndense ha ereditato il respiro culturalmente aperto e l'ansia di radici storiche, che — quale Maestra di Laura Beck Varela — ci ha offerto una chiara testimonianza nell'ambito della sua stessa scuola universitaria.

Accanto a queste presenze personali v'è, poi, un numero sempre più folto di pubblicazioni periodiche e monografiche, di traduzioni, di iniziative congressuali, che rinvigoriscono e danno una dimensione oggettiva alla nascita in Brasile di una storiografia giuridica metodologicamente ben provveduta. Ne segnalo volentieri una, perché particolarmente significativa: nei primi giorni del settembre 2005 si è tenuto a Florianopolis, capitale dello Stato di Santa Catarina e sede universitaria, il Primo Congresso brasiliano di storia del diritto nutrito di molte e ottime Relazioni, al quale sono rammaricato di non aver potuto par-

tecipare a causa di coincidenti impegni fiorentini ma al quale sono stato lieto di inviare un caldo messaggio di felicitazioni.

2. Di tutta questa indubbia fioritura, ultima espressione è il libro pubblicato nel 2005 presso la Livraria Editora Renovar da Laura Beck Varela; ultima, perché appena di ieri e perché frutto di una giovane studiosa ‘Mestre em Direito’ della Università Federale riograndense e ‘Doutoranda em Historia do Direito’ della Università di Sevilla sotto la guida di uno dei più autorevoli storici europei del diritto, Bartolomé Clavero.

Il libro è sicuramente di rilievo per l’istituto che intende indagare e illustrare, le cosiddette ‘Sesmarías’, ignoto alla più gran parte della storiografia giuridica italiana ma esempio significativissimo — come vedremo — di un modo di appropriazione pre-borghese della terra, peculiare alla realtà storica portoghese (dapprima) e brasiliana (dipoi). Ai miei occhi è di ancor maggiore rilievo per la consapevolezza metodologica con cui la Autrice lo vuole studiare e, conseguentemente, per il modo di affrontarlo, per gli strumenti storiografici utilizzati con provvedutezza culturale.

Ha ragione Clavero, quando, nel suo ‘Prefácio’, constata che « raramente ocorre que uma obra prima de investigaçõn venga acompaña da por uma reflexõn sobre la funciõn de la propia especialidad ». Presunzione riprovevole della giovane scrittrice? Direi proprio di no. Direi piuttosto: contemplazione dei pochi e desolanti prodotti storico-giuridici proposti dal passato in Brasile, insoddisfazione decisa e decisa volontà di imboccare e percorrere strade nuove e culturalmente più appaganti. La Beck Varela lo afferma con matura coscienza nella sua ‘Prefazione’, lamentando i due ostacoli incontrati all’inizio del proprio cammino di studiosa/novizia: « a inexistência de uma preocupação crítica ou metodològica sobre a função do historiador do direito »; il dover presupporre soltanto « uma a-historia descrittivo-compiladora de evoluções legislativas e pseudo-erudições ».

Il vizio, sottolineato dalla Autrice, della vecchia storiografia giuridica brasiliana è stato ed è un vizio comune a buona parte della stessa storiografia giuridica europea. Con questa aggravante: che, mentre in Brasile si trattava di una coltivazione sporadica di qualche generico giurista particolarmente curioso, in Europa una tal visione piatta e monca era ed è, invece, propria di tanti storici professionisti. Ad essi non è mai venuto in mente di farsi domande sulla propria identità, sul proprio ruolo, sulla propria collocazione in una Facoltà di Giurisprudenza o in una di Storia.

Si è stati paghi di lavorare su *dati*, di fornire *dati* il più possibile completi, inseguendo una mitica completezza e poggiando la validità del discorso su una dimensione quantitativa, in un atteggiamento vetero-positivistico che disdegnava gli ineliminabili inquadramenti teorici

del materiale storico, minimizzava l'interpretazione e l'interprete, e riduceva il proprio lavoro all'ammassamento delle pietre più che a disegnare il progetto dell'edificio. Né era umiltà; era, nello stesso tempo, impotenza e ignoranza, era rifiuto di ogni problematizzazione, rifiuto del dovere elementare di ogni uomo di cultura consistente nel porre problemi a sé e ai suoi interlocutori.

E ha ragione la Beck Varela nell'essere profondamente insoddisfatta di una storiografia descrittivo/compilatoria, che eludeva il proprio compito essenziale e lasciava pressoché intatto il materiale storico accumulato, in attesa che ci fosse una appropriazione autenticamente storiografica. È, a questo proposito, eloquente, ed ha una valenza squisitamente programmatica, la citazione (pungentissima) che Laura trae da 'Le città invisibili' di Italo Calvino e pone, in esergo, nella prima pagina del capitolo introduttivo, quasi per far capire che cosa essa vorrà e dovrà fare nella ricostruzione dell'istituto giuridico prescelto.

Per la comprensione del lettore di questa recensione, preciserò che il testo calviniano si rifà a un immaginario dialogo tra Marco Polo e Kublai Khan a proposito di un ponte di pietra ed è tutto imperniato sul diverso ruolo delle singole pietre e dell'arco che le raccoglie per la stabilità dell'intero ponte, sulla complessità della sua struttura composta di pietre ma risolvendosi soprattutto in un arco capace di sorreggere il transito soprastante. L'ammonimento della Autrice è da condividere: dobbiamo raccogliere diligentemente le pietre (cioè, fuor di metafora, i dati), ma il ponte non è una somma di pietre, bensì la sistemazione di queste in un arco robusto.

Il che vale dire che il diritto non è una somma di norme ufficiali, di atti notarili, di sentenze, di opinioni dottrinali, ma è l'espressione di una civiltà storica, ad essa specularmente fedele. Separare norme, atti, sentenze, opinioni da quella civiltà porta unicamente alla « a-historia descrittivo-compiladora » condannata nella prima pagina della 'prefazione'. E Laura Beck guarda all'arco del ponte, alla sua linea lunga, immergendo i dati giuridici nel crogiuolo d'una civiltà. E le 'sesmarías', questa singolare forma di proprietà, sono il frutto di una *mentalità*, cioè di una manifestazione che esprime radici profonde in una perenne mescolanza di valori e interessi, idealità e ideologie, movimenti strutturali e coscienza collettiva riflessa.

Infine, la domanda, spesso non-posta perché impegnativa e imbarazzante ma essenziale per un personaggio così complesso come lo storico del diritto, sulla sua identità culturale. L'Autrice se la pone, e risponde — Lei 'Mestre em Direito' e allieva di una autorevole civilista — affermando la propria appartenenza a una scienza giuridica unitariamente concepita e ribadendo il carattere strettamente giuridico della conoscenza peculiare allo storico del diritto. Con un fardello in più per costui, oneroso ma fertile: che, se ogni giurista, proprio perché tale, è tenuto alla percezione della storicità del diritto trovando in essa il suo

salvataggio culturale, tanto più una simile percezione deve essere virtù dello storico, che non può contentarsi di analizzare quel punto — apparentemente immobile e fisso — che è il presente/vigente, ma deve immergerlo nella linea storica, sorprendendo le sue radici passate nonché le sue proiezioni future, sorprendendo soprattutto — ed è qui la sua più puntuale identità — il senso della linea stessa.

Così facendo, lo storico del diritto diventa una figura centrale all'interno della scienza giuridica e di quella comunità di scienziati/giuristi che è una Facoltà di Giurisprudenza. Non è un ingigantimento apologetico, ma piuttosto l'assunzione di un ruolo che compete allo storico più che a ogni altro: di fungere da coscienza critica del cultore d'un diritto positivo, di impedirgli di assolutizzare e immobilizzare il presente quasi che fosse il migliore dei mondi possibili, di mostrare — lui avvezzo alla carnalità della storia e a una vita interamente vissuta e compiuta nei suoi messaggi positivi e negativi — il duraturo e l'effimero che soltanto la vicenda dei tempi lunghi può rivelare.

3. Ma vediamo all'opera Laura Beck Varela, dal momento che il suo libro non è un saggio di metodologia ma l'analisi di un istituto giuridico; e vediamo, finalmente, il contenuto di queste abbastanza misteriose 'Sesmarias'.

A livello ufficiale, la loro nascita può farsi risalire alla 'Lei das Sesmarias' promulgata per il suo regno di Portogallo dal sovrano Ferdinando I nel 1375, consistita essenzialmente nella attribuzione di beni incolti a un soggetto coltivatore costituendo in capo al concessionario un diritto perpetuo strettamente vincolato all'obbligo di coltivare il fondo, con la previsione della espropriazione da parte regia ove l'obbligo venisse disatteso.

La legge non rappresentò nella storia giuridica portoghese una novità assoluta. Il re si limitava ad ufficializzare istituti già presenti nella pratica consuetudinaria, pressato da quella crisi economica e sociale profondissima che investe nel secolo XIV non solo la penisola iberica ma tutta Europa, crisi demografica e crisi di prodotti primari, costellata da epidemie e carestie, con l'urgenza di recuperare il più presto possibile il maggior numero di terreni alla coltivazione. Dalla madrepatria questa concessione fondiaria passò alla grande colonia sudamericana fungendo da « traço de união » fra Portogallo e Brasile, diventando pilastro fondamentale della storia agraria brasiliana e anche segno di identità giuridica.

Afferma la autrice, a proposito delle 'Sesmarias': « espécie de privilegio ou concessão dominial regia que tem no *cultivo* seu fundamento, fundamento que atesta sua profunda aderência ao real, sua participação no 'regno d'effettività » (p. 18). E qui si mette a profitto le premesse metodologiche ben stabilite nell'avvio del volume.

Le 'Sesmarias' non sono soltanto il prodotto della volontà di un re,

non sono soltanto un espediente tecnico; esprimono, invece, da un lato, la crisi europea di cui si parlava più sopra, ma costituiscono pure, dall'altro, strumenti tecnico-giuridici che denunciano la loro appartenenza a un « rico mosaico das formas dominiais do medievo português » (p. 19), a una civiltà possessoria dominata da « o reinado da efectividade » (p. 33), segnalano insomma una mentalità diffusa, incarnano una mentalità.

La proprietà, le proprietà, tutti i tipi di proprietà inventati dagli uomini nel pluri-millenario rapporto fra soggetto e terra, perdono i limiti di un ristretto modulo organizzativo della vita privata dei privati per acquisire una dimensione antropologica che, essendo al cuore dell'istituto, è la sola a permetterne la comprensione storica. E fa bene la Autrice a puntualizzare le « bases de uma tradição » per poi analizzare i « tempos de transição », fino alla tutta moderna « propriedade privada e direito absoluto »: la comparazione verticale fortemente dialettica fa risaltare la storicità delle 'Sesmarias', la civiltà possessoria che le genera, la cifra antropologica.

Nei fatti, con le pagine di questo suo primo libro, la giovane Autrice relega nella soffitta le cose inservibili al nostro presente spirituale perché non riescono a far colloquiare vivi e morti, a coinvolgere passato presente futuro nella unitaria vicenda della storia. E fa la sua scelta, precisa, decisa, senza esitazioni, collocandosi nell'attuale rinnovamento storico-giuridico brasiliano. Il libro è, per sua espressa dichiarazione, « um esforço de ruptura ». Judith Martins-Costa, sua Maestra nel diritto civile ma anche sua madrina per la seconda vita culturale, celebra nel libro « o nascimento de uma historiadora do Direito ». Credo che abbia ragione: nasce una storica del diritto ben conscia della identità culturale della sua difficile professionalità, ben conscia altresì del suo ruolo critico. Voglio augurarmi una ferma fedeltà di Laura al nuovo progetto scientifico e accademico; la giovane storiografia del diritto brasiliana ha bisogno anche di lei.

PAOLO GROSSI

IL VOLTO ATTUALE DELL'ILLECITO PENALE

(a proposito di un recente libro di Massimo Donini) (*)

1. Se qualcuno rimanesse sorpreso che io segga a questo tavolo in questa circostanza, lo riterrei ben giustificato. Anzi, paradossalmente, il primo a essere sorpreso son proprio io, che ho avuto una educazione gius-privatistica e che ho sempre coltivato la storia del diritto privato; ma non ho potuto fare a meno di cedere alle affettuose insistenze della nostra Direttrice, Valeria Del Tufo, la quale ha energicamente respinto le mie franche professioni di incompetenza.

Debbo però anche confessare che, accanto alla consapevolezza della crassa ignoranza penalistica, v'era, pur tuttavia, nel mio animo una forte sollecitazione ad accettare, derivante dalla singolare vicenda che sta attualmente vivendo la scienza del diritto penale, vicenda di cui il volume di Massimo Donini è testimone speculare.

Debbo spiegarmi meglio: chi vi parla fece i suoi studi universitari nei primi anni Cinquanta in seno alla Facoltà giuridica fiorentina, anni per me fertilissimi in grazia di Maestri di rara preparazione tecnica e di ancor più rara sensibilità culturale. In questo quadro risultava appartato il 'diritto penale' insegnato da Raul Alberto Frosali. Era costui un estremo epigono della Scuola Positiva, al quale era capitato (come ad altri compagni di cordata; penso, per esempio, al Grisigni) di vivere una scelta decisamente antinomica arrivando a posizioni di dogmatismo e formalismo marcatissimi. Le lezioni di Frosali erano di

(*) Si riproduce nella sua integralità (e rispettando lo spiccato carattere di oralità) quanto ebbi a dire, sulla scorta di precise annotazioni, nel Seminario organizzato il 15 dicembre 2005 dalla 'Scuola di specializzazione per le professioni legali' della Università Suor Orsola Benincasa di Napoli per discutere il volume di Massimo DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale - La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004. Sono aggiunte le note bibliografiche essenziali.

grande suggestione didattica, collocandosi però nell'orbita di una logica suadente ma rarefatta.

Quando, nel '73, Massimo Severo Giannini scrisse una 'postilla' per la ristampa sui nostri 'Quaderni Fiorentini' dei suoi celebrati *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* e vi segnò un suo pungente accenno alla scienza penalistica italiana degli anni Trenta « diventata una specie di Cina imperiale, chiusa nelle sue muraglie e con i porti sbarrati »⁽¹⁾, io lo trovai azzeccatissimo riandando col pensiero alle lezioni perfette ma scostanti di Frosali. Quel diritto penale non aveva molto da dire a chi, fin da allora, propendeva a cogliere la storicità del diritto nell'itinerario incessante della società.

Ebbi, però, col passar degli anni, ritornato ormai a insegnare nella mia Facoltà di origine, la fortuna di un incontro per me culturalmente fecondo con un giovane collega penalista, Francesco Palazzo. Con lui si instaurò un colloquio che non è ancora cessato, e mi trovai di fronte a una visione penalistica assai più problematica, rivolta a creare breccie nella muraglia cinese di cui aveva parlato Giannini, pur nella inaddebitabile consapevolezza che il settore giuridico imperniato sulla potestà punitiva esige di non essere confuso con le regole della normale vita quotidiana dei privati.

Poi, ci furono per me altri incontri provvidi: un Convegno organizzato nel marzo 2000 dai penalisti fiorentini, nell'ambito del quale ascoltai con una vivissima partecipazione intellettuale la relazione di Giovanni Fiandaca (che ho oggi il piacere di avere al mio fianco) su « La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale »⁽²⁾; poi, letture di pagine di Giovannangelo De Francesco, di Renzo Orlandi, di Alessandro Bernardi, di Massimo Vogliotti; poi, ancora e soprattutto, il volume dello stesso Fiandaca provocatorio fin dalla intitolazione: « Il diritto penale tra legge e giudice »⁽³⁾.

Nella 'prefazione' leggevo, con un crescente plauso interiore, frasi come queste: « ridimensionamento del tradizionale primato legislativo [...] enfatizzato innanzitutto per ragioni ideologiche sottese al principio di riserva di legge »; « ruolo protagonista da parte della giurisprudenza » con « una più disinvolta interpretazione-applicazione 'creativa' delle stesse norme penali »; una ricerca scientifica « al di fuori da ipocrite rimozioni e senza alcuna 'demonizzazione' preconcepita di ascendenza ideologica *vetero-illuministica* » (il corsivo è mio e tende a esaltare il significato culturale di una tale aggettivazione); « rilevante

(1) M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo-Postilla 1973*, in « Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno », 2, 1973, p. 272.

(2) Ora in *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, Cedam, 2002, pp. 3 ss..

(3) È il volume citato alla nota precedente.

incidenza della ‘precomprensione’ ermeneutica in sede di ricostruzione giudiziale delle fattispecie incriminatrici » (4).

Grazie alla cortesia di Fiandaca — col quale avevo frattanto stabilito un rapporto amichevole — potevo prendere visione, in bozze, di un saggio che ignoro se sia già stato stampato definitivamente: *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica* (5). Permettete mi qualche illuminante citazione: vi si parlava di « approccio autenticamente problematico », di « superamento del vecchio ingenuo giuspositivismo di matrice ottocentesca », vi si testimoniava la coscienza preziosa che « la scienza penalistica [...] ha [...] concepito [...] il principio della riserva in una maniera assai più ideologica o mitologica, che scientifica », esprimendo la convinzione de « la fase di transizione che stiamo vivendo » (6). La diagnosi conclusiva era lucidissima nel registrare rischi e prospettive: « un variegato mosaico di pezzi eterogenei: minimalismo sistematico, orientamento pragmatico, suggestioni giusnaturalistiche, pluralismo delle fonti, ruolo creativo della giurisprudenza e ridimensionamento del primato della legge scritta » (7).

Ho voluto dare ampia parola a Fiandaca, perché fosse chiaro il coraggio del suo progetto culturale, la sua franca condanna dei misoneismi, delle mitologie, delle dommatiche vetero-illuministiche che hanno conquistato (direi meglio: plagiato) il penalista europeo continentale fino a togliergli il senso del divenire, la percezione dei segni dei tempi e delle esigenze emergenti; fino a togliergli la possibilità di corrispondere in pieno al ruolo essenziale del diritto e del giureconsulto, del diritto di sempre e di ogni giureconsulto: di essere ordinatore della società in perenne corsa.

Io, leggendo, misuravo nell'animo mio le armoniche, limpidissime lezioni di Frosali ispirate a una logica cristallina con queste pagine ricolme di insoddisfazione, gremite di problemi irrisolti ma prementi, di approcci a metodologie novissime rispetto al decrepito armamentario culturale dei giuristi, di gesti coraggiosi che liberavano gli occhi da quelle lenti deformanti che la efficacissima propaganda post-illuministica costringeva ancora ad usare.

Constatavo la problematicità del sapere giuridico di Fiandaca, constatavo il tentativo di recuperare il diritto penale alla storicità, anche se questo recupero poneva il penalista dinnanzi a molteplici e gravi

(4) *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., prefazione, p. XI.

(5) Questo affermavo il 15 dicembre 2005, nel corso del mio intervento napoletano. Il saggio è stato pubblicato ora in: *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di Gaetano Insolera, Bologna, Monduzzi, 2005.

(6) Le citazioni sono, rispettivamente, alle pp. 42, 44 e 46.

(7) La citazione è a p. 46.

problemi, senza dubbio più gravi che non in tutte le altre branche dell'ordine giuridico. Ma constatavo altresì un giurista che interpellava il suo tempo, che voleva esprimere il suo tempo e anche — perché no? — che voleva servire il suo tempo con strumenti adeguati ad ordinarlo.

Consentitemi un'ultima notazione introduttiva, che può sembrare esorbitante — ma non lo è — dal tema del nostro Incontro seminario, e riguarda la mia partecipazione a una discussione organizzata dai penalisti bolognesi in Bologna il 5 novembre del 2004. Oggetto era il mio libriccino *Prima lezione di diritto*, edito da Laterza nel 2003 ⁽⁸⁾ e che aveva suscitato — diremo eufemisticamente — perplessità in alcuni cultori del diritto penale, per esempio in un illustre Maestro, Marcello Gallo. Il libretto non meritava quegli strali, perché tentava di recuperare a una visione ordinativa la dimensione fisiologica del diritto, ossia l'insieme di fatti e atti della vita quotidiana dei privati, che una rigida visione normativistica ha sempre conculcato nella sua espressività sociale. Il confronto fu tra me e Gallo, e mi trovai di fronte a un personaggio di altissima levatura ma ancora completamente avvinto alla più rigorosa tradizione legalistica. Non riferirò qui il dibattito civile ma acceso, perché sarebbe un fuor d'opera; voglio soltanto accennare alla mia conclusione, che provocò — così, almeno, mi parve — qualche esitazione nel Maestro torinese: il rigido legalismo non può che generare formalismo, e il formalismo genera nichilismo. E anche se oggi taluno sembra parlar volentieri di nichilismo giuridico, c'è bisogno di ben altro nel difficile momento in cui il giurista si trova, in mezzo alla più incisiva crisi delle fonti dell'età moderna e post-moderna.

2. Ma Donini si domanderà se tutto questo mio gran discorrere non abbia il significato nascosto di eludere l'approccio con il suo libro; e poiché questo non è vero, passo immediatamente a darvi conto della mia lettura.

La quale — fatta con grande attenzione, anche se non con provetta competenza — mi ha chiarito e motivato le ragioni della insistenza di Valeria Del Tufo perché fosse uno storico del diritto a intervenire accanto a Fiandaca. Non si tratta, certo, di un libro di storia del diritto, ma altrettanto certamente si tratta di un libro dominato da un atteggiamento storicistico. Donini, infatti, intende collocarsi nel solco di un itinerario penalistico in atto, cosciente del momento attuale quale tempo di transizione, cosciente delle trasformazioni e rinnovazioni profonde, che, sul piano delle fonti, nel moltiplicarsi e frammentarsi delle fonti, costituiscono una autentica 'rivoluzione copernicana', se-

⁽⁸⁾ *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2005⁶.

condo una qualificazione che il nostro Autore accoglie da un recente saggio di Wahl del 2003 ⁽⁹⁾.

Conseguentemente a questa scelta, che è metodologica prima ancora che di contenuti, procede una trattazione che non si rinserra nelle tecniche, ma che, al contrario, chiede al penalista di non farsi catturare dal tecnicismo: se, infatti, ideario e vocabolario tecnici sono l'insopprimibile strumento di decantazione e definizione, prima, e di efficiente comunicazione, poi, il tecnicismo, cioè il ridurre il lavoro del giurista al possesso di un semplice mestiere, impedirebbe proprio lo sguardo aperto ed amplissimo che è quello di Donini e che egli reclama nel giurista che voglia corrispondere correttamente al proprio statuto metodologico.

Il libro è, infatti, scritto da un eccellente tecnico, che si rivela, innanzi tutto, quale uomo di cultura, come segnala una bibliografia vasta e varia, ben più che giuridica, che non serve a infiorare le note ma che l'Autore ha letto e realmente utilizzato facendola divenire sua ricchezza interiore e tessuto connettivo dell'opera. È un tessuto che mi ha immediatamente colpito in modo positivo, giacché le sue nervature portanti, dalla prima all'ultima pagina, sono all'insegna di un disincantato atteggiamento critico, che assume due direzioni precise.

La prima non può che essere salutata con favore dallo storico: ed è l'uggia per i luoghi comuni e per i dommatismi sordi al divenire, l'urgenza di demitizzare un terreno come quello penale minato da mitologie risalenti e resistenti calate, per il tramite dell'ideologia, nelle radici intellettuali più profonde: le pagine di Donini — merito grande — rappresentano un contributo pacato e sereno ma fermissimo nel cammino liberatorio da un sapere costellato da credenze immobili più che da analisi critiche disponibili a mutare secondo il mutamento dei valori sottostanti.

Affrancatoria anche la seconda direttrice: non è un'opera filo-penalistica appartenente a una letteratura apologetica cui siamo purtroppo abituati nei singoli raggruppamenti disciplinari. La scelta di Donini è programmatica: « in questo studio verrà evidenziato, come filo conduttore per la ricostruzione dell'illecito e della responsabilità penali [...] il principio di sussidiarietà o di *extrema ratio* » ⁽¹⁰⁾.

La presenza del moltiplicarsi e frammentarsi delle fonti, del sovrapporsi di diversi livelli di fonti ormai scanditi in legalità ordinaria, legalità costituzionale, legalità sopranazionale, legalità internazionale, con l'aggiunta realistica di fonti private ma fornite di sicura effettività, non può che attenuare di parecchio una visione crimino-centrica. Que-

⁽⁹⁾ *Il volto attuale dell'illecito penale*, p. 156 (lo scritto di Wahl è 'Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung').

⁽¹⁰⁾ *Il volto attuale dell'illecito penale*, p. 9.

sta doviziosa costellazione — fenomeno tutto nuovo — valorizza dimensioni giuridiche extra-penali relegando in posizione appartata, e con funzione satellitare, il diritto penale. Anche limitandoci al solo livello endo-statuale « tra Costituzione e diritto penale c'è una mediazione normativa e preventiva rappresentata da tutto l'ordinamento extrapenale »⁽¹¹⁾. Questa seconda direttrice impone un ulteriore passo avanti, di grosso spessore teorico, consistente nel « commiato dalla trama di ogni discorso 'unitario' sul reato come se fosse [...] una realtà in sé omogenea »⁽¹²⁾; commiato necessario perché, essendo entrato in crisi il vecchio schema di legalità formale astratta, « il sistema [...] non è più compatto e unitario »⁽¹³⁾.

E qui la penna di Donini rivela lo storicismo di cui è ricca. Uno sguardo retrospettivo, liberato da mitizzazioni favolistiche e invece contemplatore critico del crudo (e anche crudele) assetto borghese della società, non può che dissotterrare le strategie accuratamente seppellite e, con quelle, tutta la valenza ideologica di un sapere astratto funzionalissimo a precisi interessi di classe: « questa visione delle cose corrisponde alla mitologia del positivismo giuridico dell'Ottocento e della purezza della legalità quale espressione di un punto di vista così generale e astratto da risultare avulso da considerazioni relative alla necessaria disuguaglianza delle situazioni alle quali la regola legale si applica; una disuguaglianza che impone inevitabili adattamenti differenziati, dove la diversità delle posizioni che si erano confrontate nella costruzione della disciplina generale, non può non riemergere e richiedere frequenti correzioni *mediate dall'interprete* » [corsivo mio]⁽¹⁴⁾.

La regola legale non può galleggiare sulla complessità della storia, alta e imperturbabile come una nuvola; se deve ordinare quella realtà carnale che è la storia umana, deve immergersi nella carnalità e di essa intridersi; l'immobilità astratta, cioè secondo l'etimo latino *abs-tracta*, cioè separata dal reale, significa rinuncia del diritto al suo grave ruolo ordinatorio o significa piuttosto — come spesso è avvenuto — sotto-missione alle manovre strategiche di qualche grande burattinaio occulto.

Donini non evita di complicare il paesaggio giuridico e conseguentemente anche la sua analisi scientifica: l'esigenza fondamentale delle differenziazioni ingiunge di metter fine alla maestosa solitudine del legislatore e di affiancargli con un ruolo specifico di mediazione l'interprete/applicatore. Dissacrazione? Certamente sì agli occhi di qualche imperterrito liturgista di riti illuministici. Ai miei occhi appare unica-

(11) Ivi, p. 149.

(12) Ivi, p. 1.

(13) *Ibidem*.

(14) *Il volto attuale dell'illecito penale*, p. 26.

mente come realismo, come presa d'atto delle intense novazioni del paesaggio giuridico.

È di enorme rilievo culturale il rifiuto di continuare a biasciare monotone salmodie e a disegnare uno scenario cartolinesco senza alcun aggancio con la vita. Uno sguardo attento e fedele ai fatti quotidiani svela alle fondazioni del diritto penale moderno parecchie mitologie che impongono credenze e celano interessi, e svelano una funzione di quello grossolanamente conservatrice. Ed è salutare l'invito del nostro Autore a fare finalmente i conti con la storia e non con il mito ingannatore: « il diritto penale *storicamente liberale e non mitico* [...] era così attento alla tutela delle condizioni essenziali dello status quo, delle sue disuguaglianze, era cioè così poco propulsivo e tanto conservatore, che impediva il mutamento sociale. Esso era, per definizione, un diritto disuguale » (15).

Il corsivo, anche questa volta, è mio e vale come sottolineatura di valutazioni culturalmente rilevanti. È come se l'Autore affermasse: fino ad ora ci siamo baloccati con dei miti, cioè con dei modelli artefatti, ma è giunto il momento di scendere al livello basso e sicuramente sgradevole dell'esperienza. Il re viene denudato e non può che mostrare le sue nascoste vergogne: il diritto penale ha rinunciato a fornire un contributo al progresso sociale ed economico (16).

La conclusione è netta, perché Donini ha il pregio incommensurabile di parlar chiaro: occorre rivedere la dimensione formale e astratta della legalità, occorre rivedere la dimensione formale e astratta dell'uguaglianza, perché gli schemi astratti giovano soltanto al soggetto socialmente forte e sono sostanzialmente persecutori per il più debole; si deve pertanto valorizzare « *la tecnica della differenziazione*, del chiaroscuro, della flessibilità, esattamente per un intervento mirato ed equo, che i *guanti rozzi* del diritto penale classico, la sua inflessibilità apparentemente garantistica, non hanno mai avuto veramente » (17).

Di nuovo un corsivo mio, il secondo entro il testo ora citato; di nuovo, a mio avviso, l'esigenza di una sottolineatura, che, in questo caso, vuole essere non soltanto il rilievo di un pensiero innovatore, ma altresì di una felicità stilistica che fa uso sapiente e fantasioso dello strumento metaforico.

(15) Ivi, p. 137.

(16) Donini lo dice espressamente: « è mia convinzione che il diritto penale [...] dia un contributo specifico al progresso sociale ed economico... la società italiana, infatti, si è evoluta [...] *nonostante il diritto penale e semmai grazie alla Costituzione* » (*Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 43). Questa volta, i corsivi sono dell'Autore, e servono a dare sottolineatura a quanto gli preme.

(17) *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 139.

3. In perfetta coerenza, consegue per Donini l'insoddisfazione verso un diritto penale costruito come un sistema di regole rigide. Le regole non possono non esserci, ma devono far capo a (e fondarsi su) un sistema sovraordinato di principii condivisi. E giustamente la parte centrale, il capitolo 3, si impernia sulla dialettica regole/principii, dove, forse — me lo permetta l'Autore — un omaggio a un luogo comune è il riferimento (troppo scontato) ai soliti Dworkin e Alexy, due scrittori che a me sembrano eccessivamente sopravvalutati dalla attuale ventata osannante.

Appare nitido il progetto culturale: il diritto penale di Donini si incastona, e prende volto e vitalità, nel costituzionalismo moderno; la proposta culturalmente robusta è un modello costituzionale di illecito penale. E appare nitido anche il magistero ispiratore: egli è allievo di Franco Bricola⁽¹⁸⁾, il non dimenticato e non dimenticabile Maestro bolognese, suscitatore in Bologna di una scuola vivacissima, studioso geniale che ha saputo indicare — ma anche tracciare — nuove strade alla ricerca scientifica penalistica. Chi vi parla fu buon amico di Bricola e ricorda ancora il sentimento di schietta ammirazione dopo la lettura, nei primi anni Settanta, di una memorabile 'voce' enciclopedica dedicata alla 'Teoria generale del reato'⁽¹⁹⁾, inviàtami affettuosamente in estratto dall'autore.

L'impronta di questa 'voce', il suo alto messaggio scientifico, echeggia nelle pagine del volume doniniano, e diventa linfa vitale lo sforzo di Bricola a individuare fondazioni costituzionali. È ovvio che non si parla di quegli embrioni costituzionali imperfetti che furono le cosiddette 'carte dei diritti', ma di quei prodotti maturi del costituzionalismo inaugurati con l'esperimento weimariano e ai quali appartiene a pieno titolo la Costituzione italiana del '47, dove un potere costituente, identificando la cifra storica di un popolo, ne fissa i valori in un sistema armonico di principii giuridici.

La lezione bricoliana, fatta propria da Donini, si imperniava nella percezione della Costituzione come fondamento e non come mero limite delle scelte legislative sulla penalità, con una funzione attiva, positiva, e non semplicemente negativa. Riferirsi, pertanto, a un 'diritto costituzionale penale' non ha alcun carattere esornativo, ma è il primo grande passo per una palingenesi sostanziale di fondazioni tralattizamente accettate ma di cui si avverte la debolezza etica e sociale.

E si capisce che dal volume doniniano emerge piena fiducia nella Corte Costituzionale, con una motivazione molteplice tra la quale mi piace segnalare almeno una: che essa "è ritenuta capace di rappresen-

(18) A Bricola Donini dedica il volume di alta valenza teorica: *Teoria del reato - Una introduzione*, Padova, Cedam, 1996.

(19) Nel 'Novissimo Digesto Italiano', volume XIX (Torino, Utet, 1973).

tare meglio le istanze della scienza penale” (20). E si capisce la parimente emergente sfiducia — o, almeno, la assai relativa fiducia — nel Parlamento trasformato e ormai alterato, nella vicenda politica italiana, da una involuzione partitocratica che ha soffocato — o, almeno, attenuato di parecchio — la sua originaria funzione di organo espressivo della sovranità popolare.

E qui io vedevo riaffiorare la ragione profonda di quei dubbii sul ruolo garantistico della odierna legalità còlta precedentemente — e con mia viva soddisfazione — in consapevoli scritti di Giovannangelo De Francesco, di Renzo Orlandi, di Francesco Palazzo. A queste autorevoli opinioni vorrei unire anch’io il mio *cri de doléances* per lo stravolgimento che il potere politico sta perseguendo, vanificando il carattere della Corte Costituzionale quale organo supremo sovraordinato al Parlamento, carattere voluto dalla sapiente lungimiranza dei nostri costituenti, e attuandone una autentica perversa parlamentarizzazione, nella impudica e deplorable strategia di farne la prevalente espressione della partitocrazia imperante ed eliminare un controllore molesto della propria viziata attività legislativa.

4. I ‘principii’ non possono che richiamare alla ‘scienza’, una scienza intesa come ricerca e costruzione e definizione di principii, ma anche loro traduzione in criterii tecnici e operativi sì da renderli *giustiziabili*; una scienza ben lontana dall’aver le funzioni esoteriche che qualche passatista vorrebbe riservarle, ma nemmeno limitata in funzioni ermeneutiche e sistematizzatorie; identificata, piuttosto, nelle funzioni che Donini ama qualificare come *critiche*: « la *scienza moderna* del diritto penale affianca alla [...] *dimensione ermeneutica e sistematica* anche quella *critica* [...] che si ancora su principii superiori alla legge ordinaria: principii di garanzia e principii costituzionali, principii idealistici e principii utilitaristici, valori ed empiria » (21).

A parte un marginale rilievo sull’uso ripetuto dell’aggettivo ‘idealistico’ che suona equivoco nelle pagine doniniane, non si può che aderire a una siffatta coraggiosa conclusione, giacché v’è oggi gran bisogno di questa funzione — chiamiamola pure, sulla scorta dell’Autore — *critica*, cioè autonomamente costruttiva, l’unica che valga a colmare il vuoto ingenerato dalla crisi della legalità come modello forte di soluzione preconstituita dei conflitti.

E Donini, osservatore attento del divenire rapido degli ultimi anni, dà corpo alla sua analisi segnalando le ragioni del vuoto: « ci sono *tre fattori scatenanti*: [...] la perdita di potere della sovranità degli stati e della stessa legge [...] lo sviluppo del diritto dei principii, delle Carte

(20) *Il volto attuale dell’illecito penale*, p. 67.

(21) Ivi, pp. 64-65.

Costituzionali e degli atti sopranazionali... consapevolezza sempre maggiore dell'importanza del diritto applicato, della *law in action* rispetto al diritto scritto » (22). Contemplazione realistica di un processo storico che è voluto dalle cose prima ancora che dagli uomini e che ha tutta l'aria di essere inarrestabile, soprattutto quando le forze che gli si vorrebbe contrapporre sono ideologie invecchiate che non si può più continuare a ripetere con la monotonia uniforme dei mulini di preghiera tibetani.

Non si può che arrivare alla rottura di quello che Donini chiama « cerchio idealistico » (23); aggettivo — ribadiamo — infelice, giacché l'Autore identifica 'idealistico' con 'normativistico integrale', ma non si può non dare il più aperto e convinto consenso al risultato a cui si arriva, e cioè che il normativismo integrale è una credenza da dissacrare, un mito da svelare nella sua falsità, perché rischia d'essere una muraglia stringente e costringente assai più che della gianniniana muraglia della Cina.

In questo lodevole, indispensabile lavacro, che ci libera da un pesante sottofondo ideologico trasformato e camuffato in sapere di pura teorizzazione e di pura tecnica, avanza una ulteriore esigenza demitizzatoria, che porta diritta alla revisione della colonna di basalto, del *porro unum necessarium* dello Stato borghese di diritto, costituito dalla affermazione dommatica della divisione dei poteri. Quante volte chi vi parla ha sorpreso in testimonianze vigili della scienza giuridica italiana di fine Ottocento e del primo Novecento aperture verso fonti vive per l'adeguarsi dell'ordinamento quali dottrina e giurisprudenza pratica, e quante volte ha constatato il loro chiudersi improvviso nello spicciativo e troncato discorso che ciò avrebbe rappresentato violazione del sacro intoccabile della divisione dei poteri!

Il giudice, applicatore in modo deduttivo di regole precise, inchiodato nel ferreo sillogismo di beccariana memoria, non è più possibile in pratica. E lo rileva Donini con un eccellente buonsenso, guardando a quel terreno — sempre salvante per il giurista — che è il *law in action*, ma unendo una ulteriore desolante constatazione: purtroppo « va preso atto che di tale impossibilità di perpetuare ideali *veteroillumini-stici* della magistratura, manca ancora soprattutto in Italia una adeguata consapevolezza » (24). Anche questa sottolineatura, grazie al corsivo, è mia, e tende a far risaltare due punti: l'uso dell'aggettivo che è identico sia in Donini sia in Fiandaca; l'identica diagnosi, nell'uno e nell'altro studioso, delle radici lontane di tante ipoteche psicologiche e

(22) Ivi, p. 168.

(23) Ivi, p. 281.

(24) Ivi, p. 317.

culturali dell'odierno penalista ancora completamente irretito — e non certo per accoglimento critico — da quelle plagianti radicazioni.

Il passo avanti compiuto da Donini è, invece, di notevolissimo rilievo. Non solo non è più pensabile uno scienziato semplice 'esegeta', ma « occorre che [la scienza] si costituisca veramente come *'contropotere critico'*, o, se si preferisce, *come realtà collettiva istituzionalmente visibile* non solo in funzione di controllo però anche di iniziativa e di proposta autonoma » (25). Sono le ultime pagine del volume, dove si assomma il messaggio culturale dell'Autore e dove si passa anche a concrete proposte. Riferirsi alla scienza non significa soltanto tesserne l'elogio per il suo indubbio ruolo ordinante, ma ha l'ulteriore — e scopertissimo — significato di riferirsi a una grossa forza sociale, cioè a una comunità, la comunità dei giuristi, di coloro che — unici — sanno di diritto per averne fatto oggetto della propria vita di studio e di ricerca, e che in questa preziosa infungibile competenza trovano la loro vigoria sociale.

D'accordo, pienamente: Donini senza dubbio pensa al *coetus iuristarum* nell'Europa del diritto comune, o all'assetto in qualche modo comunitario dei giuristi di *common law*. C'è solo da rammaricarsi della pressoché assoluta mancanza d'una siffatta psicologia comunitaria nell'Europa continentale, dove statualità e statolatria hanno impedito una vocazione a superare frontiere politiche e a costituire una collettività trans-nazionale sulla base di competenze scientifiche e tecniche.

V'è grande bisogno, oggi, di scienza, e per più motivi.

Il primo sta nell'essere assai fragile il valore garantistico della riserva di legge se la si intende in senso formale, e nella conseguente necessità di farle acquisire anche una dimensione sostanziale; dimensione che si può conseguire unicamente grazie al controllo *democratico* sul contenuto delle soluzioni prese in sede parlamentare.

Donini non ha mezzi termini e non si rifugia in giri di frase: « *la democrazia penale è l'aspetto sostanziale della riserva di legge* » ed è affidata alla scienza, giacché « il profilo sostanziale del controllo è garantito a sua volta solo dall'impiego di strumenti di conoscenza circa il *metodo scientifico* [...] applicato nella costruzione delle leggi » (26), che diventa controllo *democratico* sulla razionalità del processo formativo delle leggi penali. Dietro il suo prediletto Popper, è il carattere pubblico del metodo scientifico a farsi garante dell'indole *democratica* della costruzione d'una norma legislativa.

Il santo dei santi è stato dissacrato? No! Si è, piuttosto, cominciato a demitizzare un potere, che ha mostrato in questi ultimi decenni di vita parlamentare in Italia parecchie impotenze, parecchie vergogne,

(25) Ivi, p. 323.

(26) Ivi, pp. 83-84.

troppe sordità a movimenti di opinione pubblica che non cavalcavano affatto la tigre della folla ma esprimevano un diffuso disagio e una invocazione al cambiamento.

Al solito, ho sottolineato io l'aggettivazione 'democratico' che è ricorrente e fluente nelle pagine doniniane; forse, io avrei gradito un aggettivo diverso (che, invece, l'Autore ama inserire perfino nella intitolazione del libro), meno compromesso dalle ostentazioni ipocrite di partiti e politici, ma è da sottoscrivere e diffondere l'implicita conclusione che il Parlamento italiano non ha e non merita di avere il monopolio della democrazia, che spesso ciò che è stato gabbellato come formalmente democratico è sostanzialmente anti-democratico, e che occorre una supplenza della scienza chiamata popperianamente al ruolo altissimo, che le compete in grazia del carattere 'pubblico' del metodo scientifico, della 'pubblicità' della ragione.

Il guaio è che i politici non leggono Popper e continuano a recitare a memoria frasi di Beccaria imparate in qualche edizionuccia Sonzogno di divulgazione spicciola.

5. Il secondo motivo del gran bisogno di scienza che c'è oggi sta nell'obbiettivo politico principale dell'approccio costituzionalistico e consiste nell'impegno per la riduzione dell'area penalmente rilevante, con, in contrappunto, l'altro impegno di giuridificare il principio di sussidiarietà. Infatti, se sussidiarietà significa impiego del diritto penale come *extrema ratio*, il problema di fondo verte su chi ha la competenza a valutare se gli strumenti extra-penali siano, o meno, sufficienti. Né è pensabile un affidamento alla politica minuta, ai partiti, con il rischio di non arrivare allo scopo della piena giustiziabilità.

Donini ha, sul punto, come sempre, idee chiare e parole chiare. « *La risposta che intendo dare è un'altra: la valutazione di ultima ratio deve trovare una sua base epistemologica, che sia in grado di assicurare un certo grado di giustiziabilità di quel principio. A ciò consegue che il compito che spetta alle discipline penalistiche del futuro consiste, a questo riguardo, nell'elaborare oggetto, metodo e contenuti di una vera scienza della sussidiarietà come parte della scienza della legislazione e complemento metodologico della stessa dogmatica dell'illecito penale* » (27).

Con una precisazione, che può apparire pleonastica ma che si traduce invece in una misura di salvataggio per una compiuta sussidiarietà e di salvaguardia sia verso la politica sia verso una dottrina devitalizzata e ridotta a esegesi tecnica di un testo autorevole: « la scienza della sussidiarietà è il contrario del tecnicismo giuridico: esige che la legge sia costruita da un tecnico ricco d'altri saperi, esige l'interdisci-

(27) Ivi, p. 86.

plinarità » (28). E riemerge ancora una volta il modello di giurista a cui pensa Donini: un uomo di scienza, che sa disporre dell'ampia tastiera metodologica fornitagli dall'innovativa riflessione epistemologica del secondo Novecento, che sa di non potersi rinchiudere nel bozzolo della sola minuziosa conoscenza del proprio tessuto tecnico-disciplinare. Una buona tecnica è per il giurista/modello di Donini nulla di più che per il musicista il pieno possesso del solfeggio.

6. È, inoltre, la crisi attuale delle fonti, la loro frantumazione e moltiplicazione a reclamare una indispensabile presenza scientifica. E siamo a un terzo motivo di straordinaria incisività.

Se un diritto penale comune ancora non c'è, come invece c'è — sia pure in abbozzo — un diritto privato comune, la novità rivoluzionaria, che supera il vecchio nazionalismo penale, è rappresentata dai tre livelli di fonti emanazioni degli Stati, dell'Unione Europea, di giurisdizioni internazionali, che vengono a edificare e proporre un sistema policentrico saldato da gerarchie estremamente elastiche, senza un vincolo stretto di subordinazione, con un sempre più rilevante ruolo del giudice, giacché ormai il diritto non è più contenuto nella chiusa casaforte della regola ma è il risultato della incarnazione della regola nei singoli casi grazie alla insostituibile mediazione dell'interprete.

Agli occhi miei — di chi si batte da tempo contro le tante metamorfosi novecentesche del normativismo, che gli hanno fatto mutare la veste esteriore ma non la durezza del suo nucleo imperativo — queste conclusioni di un penalista sono da segnare *albo lapillo*; e conclusioni che non sono la conseguenza di una adesione ideologica o di una ventata emozionale, ma frutto di riflessioni improntate a un intenso pluralismo culturale.

Già! Perché l'universo di Donini si dilata e l'interpretazione/applicazione viene a costituire il momento conclusivo del processo di formazione della regola, momento interno al processo formativo e non appendice inerte ad esso esterna. In questo paesaggio giuridico, che ha ritrovato l'ampiezza di antichi confini, si stagliano i nuovi ruoli della giurisprudenza pratica e della scienza, soprattutto di questa che ha il pregio della vocazione universalistica, ha il pregio di non avere quale frontiera un fiume, come — dietro Pascal — afferma il nostro Autore (29). E una disciplina scientifica, in particolare, potrà, proprio in questo recupero di un osservatorio allargato, fornire al penalista, più che utili, necessarii supporti critici: il diritto comparato, vivificato co-

(28) Ivi, p. 90.

(29) « Ma se la *giustizia* può avere come confine un fiume (per riprendere l'immagine graffiante di Pascal) [...] per *la scienza* il discorso è diverso » (*Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 189).

stantemente dalla dialettica fra differenti ordinamenti nazionali, nella tensione a costruire spazii giuridici sempre più comuni.

7. Abbiam parlato più sopra di gerarchie estremamente elastiche, con un rifiuto dei vecchi schemi di rigida subordinazione: è quanto ci mostra lo scenario delle fonti private in espansione ma altresì dei significativi prodotti delle giurisdizioni penali internazionali.

Qui si tocca con mano il trapasso « De la pyramide au réseau », come hanno evidenziato due studiosi belgi particolarmente attenti all'attuale travaglio in tema di fonti, l'Ost e il Van de Kerchove, intitolando in tal modo un loro felice lavoro di sintesi ⁽³⁰⁾. E dai politologi e dai sociologi fa il suo ingresso nel laboratorio dei giuristi una nozione prima ignota, quella di reticolato, di rete, dove non è la gerarchia che scandisce le relazioni ma piuttosto un rapporto di interconnessione.

Mi ha colpito, qualche tempo fa, la lettura di un recente ricco volume collettaneo coordinato dalla infaticabile Mireille Delmas-Marty dedicato a *Les sources du droit international pénal* ⁽³¹⁾, nel quale mi aveva catturato per lucidità e sensibilità il saggio di un giovane penalista ben avvezzo a muoversi in un panorama squisitamente internazionale e sopranazionale, Massimo Vogliotti. Il titolo, felicissimo, era per me adescante, come, a lettura fatta, è stato cattivante il contenuto: *Production du droit en réseau et juge tisseur*.

Con ammirevole lucidità culturale Vogliotti coglie il profondo fosso che separa « le cadre théorique et mythologique du droit pénal moderne et la réalité de la justice pénale internationale », dove il giudice « ne dévoile pas un droit déjà là, bien structuré et hiérarchisé, mais cherche dans le réseau des sources les directives normatives pour constituer équitablement le fait », dove « point de départ » non è « la norme générale et abstraite, mais le cas », dove si mostra « une typologie de production du droit en réseau » ⁽³²⁾.

Il discorso di Vogliotti è in perfetta consonanza con quello di Donini: queste nuove giurisdizioni pongono in atto un nuovo modo di produzione del diritto penale e mettono in evidenza un itinerario, un processo, una direzione.

8. Dopo una analisi dettagliata, qualche parola conclusiva, anche se dovrebbe essere nitido il giudizio del recensore su questo libro. Li-

⁽³⁰⁾ F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002.

⁽³¹⁾ *Les sources du droit international pénal - L'expérience des Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, Paris, Société de Législation Comparée, 2004.

⁽³²⁾ Le citazioni sono, rispettivamente, alle pp. 361, 365, 367.

bro ricco di suggestioni, libro coltissimo, che si segnala per una spiccata indole storicistica.

Donini sa di sedere su di uno spartiacque movimentato e approfitta della posizione privilegiata che gli consente di contemplare due paesaggi giuridici profondamente diversificati: quello di ieri contrassegnato dalla fissità del sapere penalistico e dominato da uno « stile teologico e intollerante »⁽³³⁾, fisso perché pieno di innervature mitologiche, perché costruito quale edificio *mitico*⁽³⁴⁾ dalla civiltà giuridica borghese; quello di oggi, sicuramente incerto, mobilissimo, ma — proprio perché tale — ricco di quel prezioso bene che è la storicità, e proiettato per l'innanzi in una avventura rischiosa ma meritevole d'essere vissuta appieno.

A mio avviso, siamo di fronte a un libro affrancatorio, che non dà certezze al penalista ma gli indica un cammino da seguire, faticoso e fecondo insieme; l'unico cammino possibile per chi voglia costruire un futuro che sia futuro senza insopportabili ipoteche del passato.

Trova sviluppo in questo volume quanto Donini scriveva già nel 1996 prefando il saggio su la *Teoria del reato* dedicato a Franco Bricola: « Costituzione, comparazione, legge ordinaria sono le componenti di base di un prodotto che resta espressione di un ordinamento positivo nazionale e si colloca altresì nella storia come consapevole *trait d'union* verso attese riforme »⁽³⁵⁾. Poi, otto anni di riflessione densa, innovativa, sulla base di tante letture chiamate a irrobustire il giurista. Ed ecco, nel 2004, questo passo ulteriore, che lo porta su uno spartiacque arioso, dove c'è bisogno soprattutto di coraggio, di coraggio culturale.

Ed ecco, infatti, il breviario che abbiamo sul nostro tavolo di lavoro, coraggioso sì ma anche 'scandaloso' per il misoneista, 'scandaloso' per la pigrizia del vecchio penalista beato e tranquillo all'ombra dei suoi miti, sotto la protezione di un legislatore demiurgo che a tutto pensava e a tutto provvedeva. In queste sue pagine, Donini ci offre un frammento di futuro. Travàlica quel punto fermo della linea storica che è il presente/vigente e, collocandosi all'interno della linea nel suo itinerario incompiuto che va dal passato all'oggi e oltre l'oggi, disegna già l'abbozzo di un volto futuro.

Quale migliore elogio da parte di uno storico del diritto?

⁽³³⁾ *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 196.

⁽³⁴⁾ Ivi, p. 137.

⁽³⁵⁾ *Teoria del reato*, cit., prefazione, p. XII.

LUCA NOGLER

LA CONTROVERSA STORIA GIURIDICA
DEL FENOMENO DEL « CONFLITTO COLLETTIVO »

(a proposito di *Arbeitskampf. Geschichte — Recht — Gegenwart*
di Michael Kittner) ⁽¹⁾

1. Un libro innovativo. — 2. Alla ricerca delle origini di un fenomeno. — 3. La polemica nei confronti di Sinzheimer. — 4. La « riabilitazione » di Nipperdey. — 5. Le « normali » esigenze tedesche di scioperare. — 6. Il punto di vista comparato.

1. *Un libro innovativo.*

Perché Michael Kittner, docente di diritto del lavoro e dell'economia presso l'Università di Kassel, dopo aver dedicato la sua vita di studioso a temi di stretto diritto positivo volgendo al più lo sguardo all'analisi economica del mercato del lavoro, si è sottoposto all'impervia fatica di tentare di tracciare l'intera storia tedesca del fenomeno e della disciplina giuridica del « conflitto collettivo in materia di lavoro » (*Arbeitskampf*)? È plausibile che una buona parte delle ragioni che hanno ispirato questa ricerca, vadano ricercate nella biografia dell'a. ed, in particolare, nel fatto che egli è stato, per ben venticinque anni, il maggior consulente legale del (o, almeno, di quello che, fino a pochi anni or sono, era il) più grande sindacato al mondo (*Industriegewerkschaft Metall* e cioè il sindacato dei metalmeccanici tedeschi). In tal senso, non è esagerato affermare che K. ha contribuito in modo decisivo a disegnare un tratto, e tra i più significativi ed intensi, dell'oggetto del suo

⁽¹⁾ Michael KITTNER, *Arbeitskampf. Geschichte — Recht — Gegenwart*, München, C.H. Beck, 2005, pp. 783; le prime recensioni al libro sono di U. ZACHERT, in *DB*, 38/2005, p. 3-4; di P. HANAU, in *RdA*, 2006, p. 127-128; di T. DIETERICH, in *AuR*, 2006, p. 25-26.

libro e cioè l'evoluzione storica del conflitto collettivo tedesco. Insomma, siamo, anzitutto, dinnanzi ad una preziosissima testimonianza, una sorta di fotografia scattata da un punto prospettico, tanto abitualmente poco accessibile, quanto proficuo per cogliere dettagli che sfuggono al normale interprete spesso troppo « distante » dalla ricca realtà dei fatti analizzati.

Ma i motivi d'interesse del volume, serio e documentato oltre che scritto in modo scorrevole (K. impone, come vedremo le sue idee ma mai la sua voce), vanno ben oltre la biografia dell'autore, la quale, d'altronde, copre solo un arco di tempo molto limitato rispetto a quello considerato nel libro. Quest'ultimo — riduciamo il resoconto all'osso — si snoda intorno al filo conduttore della narrazione di sessantuno *case histories* colte ovunque nel corso della *Geschichte* tedesca, ma che, a parere di K., obbediscono a logiche comuni e possono, quindi, essere descritte con la medesima terminologia la quale risulta, peraltro, composta in gran parte di lemmi che risalgono alla seconda metà dell'Ottocento (*Streik*, *Lohnstreik*, *abhängige Arbeit* ⁽²⁾, il demagogico *Arbeitgeber* ⁽³⁾, etc.). Il prologo è, invero, dedicato ad un classico aneddoto della materia ⁽⁴⁾, e cioè a quello che, negli stessi testi divulgativi, viene normalmente presentato come il primo « sciopero » di cui si abbia notizia e cioè l'astensione del lavoro degli artigiani delle necropoli appartenenti alla comunità situata nei territori egiziani dell'odierna *Dair el-Medina* (notoriamente una fonte documentaria di prim'ordine) che si svolse durante il regno di Ramses III (ma la storia egiziana è infestata di fenomeni di rifiuto collettivi di prestare lavoro). Si trattò, chiosa giustamente K. utilizzando le moderne categorie giuridiche, più che di un'azione di sciopero, di un'azione di autotutela collettiva rispetto ad un creditore in mora perché ritardava nel pagamento dei corrispettivi.

Comunque sia, sulla base delle attuali conoscenze, la storia tedesca del fenomeno indagato viene fatta, invece, risalire da K. all'anno 1329 in coincidenza con un conflitto collettivo dei *Gürtlerhandwerker* di *Breslau* (un insediamento tedesco che all'epoca era posto sotto il dominio polacco e portava il nome di *Wartizlaw*). Seguono otto casi avveratisi tra il 1351 e il 1565 e sette casi risalenti al Settecento. Con

(2) Sull'affermarsi delle nuove espressioni cfr. J. RÜCKERT, « *Libero* » e « *sociale* »: *concezioni del contratto di lavoro fra Otto e Novecento in Germania*, in R. GHERARDI, G. GOZZI (a cura di), *I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Otto e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 279.

(3) Un vero « pasticcio linguistico » lo definì Engels F., in K. MARX, *Il capitale*, Libro primo, Roma, Editori Riuniti, 1967, p. 50.

(4) Così A. ACCORNERO, *Il mondo della produzione*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 222.

la rivolta dei tessitori slesiani del 1844 si entra nell'era capitalistica. K. passa, quindi, ad illustrare otto ulteriori casi verificatisi nell'Ottocento, secolo che si chiude con lo sciopero-chiave dei minatori della Ruhr del 1889 cioè all'astensione collettiva dal lavoro più tragica di tutto il periodo imperiale (quattordici morti). Malgrado la sconfitta dei minatori, essa originò, comunque, una rilevantissima svolta nella politica sociale tedesca ⁽⁵⁾. Il volume conclude l'analisi dei casi con trentaquattro scioperi del secolo breve (qui il libro richiede grande pazienza a causa della scrupolosità con cui vengono presentati i casi), l'ultimo dei quali del 2003 relativo alla rivendicazione delle trentacinque ore nell'industria metalmeccanica della Germania orientale.

Ma non intendo andar oltre nel dar conto dell'analisi, troppo complessa ed estesa, di K. Preferisco soffermare l'attenzione su talune conclusioni a cui l'a. giunge qua e là durante il suo lungo percorso.

2. *Alla ricerca delle origini di un fenomeno.*

Il primo profilo che balza subito agli occhi attiene, senz'altro, all'ambito temporale dell'analisi di K., il quale — come visto — prende le mosse dal quattordicesimo secolo rompendo, quindi, implicitamente la barriera della « rivoluzione industriale » anche se K. non la fa comunque troppo lunga, perché quest'ultima entra in gioco già a partire da p. 168. In realtà, se consideriamo la terminologia con la quale l'a. descrive i conflitti collettivi di volta in volta presi in considerazione, dobbiamo prendere atto che esso risale quasi interamente alla seconda metà dell'Ottocento.

A tal proposito è utile chiosare, che le prime testimonianze sull'uso moderno del termine inglese *strike* per indicare azioni concertate di astensioni dal lavoro, risalgono proprio al 1760 quando, stando alle famose *Lectures on the Industrial Revolution* di Arnold Toynbee, ebbe inizio un insieme di cambiamenti che alterarono irreversibilmente l'economia e la società britannica. In precedenza il termine era d'uso nel solo ristretto ambito delle proteste dei marinai che ammainavano le vele (*to strike the sails*) ⁽⁶⁾. Solo (più o meno) un se-

⁽⁵⁾ Sull'ondata europea di scioperi nel biennio 1889-1890 e sullo sviluppo anche qualitativo che così si impresso al fenomeno delle proteste collettive legate ai rapporti di lavoro, cfr. la ricca documentazione raccolta da F. BOLL, *Arbeitskämpfe und Gewerkschaften in Deutschland, England und Frankreich*, Bonn, Dietz, 1992.

⁽⁶⁾ Cfr. J.V. ORTH, *Combination and Conspiracy. A Legal History of Trade Unionism 1721-1906*, Oxford, Clarendon Press, 1991 (rist. 2003), p. 118 il quale peraltro segnala che potrebbero esserci testimonianze anche leggermente più antiche sull'uso

colo più tardi, e cioè a partire dal 1865, lo stesso termine si diffuse, sotto forma di *Streik*, anche in Germania. Dapprima nei resoconti giornalistici e poi anche nel linguaggio comune. Non a caso, la stessa sopraccoperta editoriale del libro di K. riproduce una parte del famosissimo quadro del 1886 di Robert Köhler dedicato a « *Der Streik* » da sempre considerato una delle prime, e più suggestive, manifestazioni pittoriche del fenomeno analizzato. Se l'a. avesse scritto il testo in italiano avrebbe probabilmente dovuto pensare a *Lo sciopero* di Plinio Novellini del 1889.

Il punto che mi sembra più interessante è racchiuso nell'alternativa se abbia ragione K. nel postulare che, anche se il linguaggio formale delle testimonianze giunte ai giorni nostri è diverso, la realtà sostanziale dei fenomeni è la medesima oppure se siamo dinnanzi ad un azzardo interpretativo che catapulta indietro nella storia, di almeno cinque secoli, concetti che è corretto impiegare solo in relazione agli ultimi due secoli?

Vero è che in ordine alla stessa « rivoluzione industriale » sembra ormai prevalere la prospettiva gradualista (7), l'unica coerente con la premessa che la storia — come affermava Bobbio — si sviluppa come « un'immensa foresta in cui non vi è alcuna strada tracciata in anticipo » (8). Sicché, oltre a stemperarsi il problema dell'individuazione dell'inizio del fenomeno, è utilissimo e assolutamente proficua l'operazione intrapresa da K. di ricercare anche nei secoli precedenti a quello della rivoluzione industriale, le condizioni ed i presupposti che, in via di progressiva accumulazione e combinazione, consentirono, infine, all'affermarsi definitivo della rivoluzione industriale stessa, il diffondersi di azioni e conflitti collettivi di rivendicazioni delle condizioni di lavoro. D'altronde, lo stesso Marx sostenne che le prime forme di produzione capitalistica — realizzata cioè da persone libere ma prive dei mezzi di produzione, legate, quindi, contrattualmente ad un padrone — risalgono al XIV e XV secolo. Si trattò di forme di produzione capitalistica senza il contesto della società capitalistica (o industriale).

Se letta alla luce di questa premessa chiarificatrice, la storia

moderno di strike e che l'etimologia tradizionale del termine viene criticata da C.R. DOBSON, *Masters and Journeymen: A Prehistory of Industrial Relations, 1717-1800*, London, 1980, p. 19.

(7) P. HUDSON, *The Industrial Revolution*, Sevenoaks, Edward Arnold, 1992 trad. it. *La rivoluzione industriale*, Bologna, Il Mulino, 1995; cfr. poi anche l'ulteriore traduzione del libro di J. MOKYR, *Leggere la rivoluzione industriale*, Bologna, Il Mulino, 2002 in cui si trovano espone le ragioni dell'utilità, anche nel contesto della lettura gradualista, del concetto di « rivoluzione industriale ».

(8) N. BOBBIO, *Autobiografia* a cura di A. Papuzzi, Roma-Bari, Laterza, 1997, p. 193.

dell'*Arbeitskampf* risulta di estremo interesse. Prendiamo, ad esempio, in considerazione le astensioni collettive degli artigiani (*Gesellen*). La tesi di K. è che la ragione per cui questo fenomeno, che non ebbe riscontro nella nostra realtà, si radicò e si sviluppò in modo particolarmente duraturo e strutturato in Germania, consiste nel fatto che in quella realtà è perdurato più a lungo, rispetto ad esempio all'Inghilterra e alla Francia, la frammentazione tra Stati territoriali e città che favorì l'atteggiamento dei *wanderden Gesellen* i quali per un lungo periodo non furono contrastati da un efficiente e sufficientemente coeso potere statale. Ma al di là della correttezza o meno di questa interessante ipotesi, emerge con sufficiente chiarezza come lo spirito di autotutela che si affermò nel corso della seconda metà dell'Ottocento poggiò in Germania su strutture e propensioni sociali all'autoorganizzazione collettiva molto più radicate che in altre realtà. In tal senso — abbandoniamo per un attimo il punto di vista « solo » interno al sistema tedesco — sarebbe di estremo interesse disporre anche per l'esperienza italiana di un'analisi dello stesso respiro temporale di quella di K. Una disamina la quale prescindendo, ovviamente, dalle strumentalizzazioni con cui furono condotte nella prima metà del secolo scorso tante analisi del fenomeno corporativo. Strumentalizzazioni operate non solo dalla storiografia di matrice fascista ma anche da quella d'impronta cattolica o marxista (9).

Né si può tacere l'enorme interesse che riscontrerebbe un'analisi realmente comparata del fenomeno indagato da K. Una ricerca che sappia gorliamente coniugare la prospettiva sincronica con quella diacronica. Nel panorama europeo, il conflitto collettivo rappresenta, infatti, un'esperienza straordinariamente eterogenea e ciò sia dal punto di vista fenomenologico che giuridico. Lo stesso Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, sottoscritto a Roma il 29 ottobre 2003, nel riconosce il diritto di « ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero » è costretto a rinviare i dettagli regolativi « alle legislazioni e alle prassi nazionali » (art. II-88). E non potrebbe essere diversamente se consideriamo l'enorme spettro delle « prassi nazionali » che va dai due estremi, da un lato, del sistema austriaco che non riconosce neppure il « diritto » di sciopero e, dall'altro, dell'Italia la quale, non solo ha seguito l'esempio francese costituzionalizzando il diritto di sciopero, ma ha allargato notevolmente le relative finalità aprendo le porte negli ultimi anni anche al conflitto collettivo dei lavoratori autonomi. In questo contesto, il sistema tedesco si colloca a metà strada segnalandosi

(9) Cfr. sul punto il capitolo introduttivo del libro di R. GRECI, *Corporazioni e mondo del lavoro nell'Italia Padana medioevale*, Bologna, Clueb, 1988.

peraltro per la sua effettività sulla quale tornerò nel paragrafo conclusivo.

3. *La polemica nei confronti di Sinzheimer.*

Prima occorre dar conto di un secondo profilo d'interesse del libro di K. e cioè il giudizio, fortemente riduttivo, che egli riserva a Hugo Sinzheimer. Nel corso dell'analisi, S. viene spesso richiamato, ma l'a. si confronta *ex professo* con il suo pensiero, che pure fu concepito alla fine del periodo imperiale, solo nel successivo contesto della trattazione relativa al periodo della Repubblica di Weimar, alla quale è dedicata la quinta corposa parte (pp. 395-504) del suo libro. Più precisamente, quando la narrazione arriva all'illustrazione dell'atteggiamento sindacale nei confronti dell'arbitrato obbligatorio (pp. 470 ss.), K. imputa, senza giri di parole, alla teoria sinzheimeriana della *soziale Selbstbestimmung*⁽¹⁰⁾ l'errore di prospettiva che contraddistinse la successiva valutazione sindacale e socialdemocratica del pervasivo intervento statale. Afferma, infatti, K. che S. esaltò la contrattazione collettiva quale propaggine regolatrice decentrata dello stato sociale disinteressandosi però, sostanzialmente, sia di come un contratto collettivo venga in essere che di come esso venga successivamente attuato (p. 470)⁽¹¹⁾. Coerente con questa impostazione sarebbe stata, infine, la presa di posizione di S. nel 1930 a favore della possibilità della dichiarazione statale di efficacia obbligatoria del giudizio arbitrale instaurato in sede di conciliazione collettiva.

Ma andiamo con ordine perché su questo punto occorre, anzitutto, restare aderenti alla realtà del periodo indagato. All'alba della Repubblica di Weimar, il decreto del 23 dicembre 1918 (la *Tarifvertragsordnung* = TVO) prevedeva che, nell'ipotesi in cui una conciliazione collettiva fallisse, l'organo di conciliazione esprimesse un giudizio su tutte le questioni controverse, il c.d. *Scheidenspruch*, di natura evidentemente arbitrale. Tale giudizio veniva quindi, comunicato ad entrambe le parti con la richiesta di segnalare (entro un determinato

⁽¹⁰⁾ Il riferimento è a *Ein Arbeitsaristengesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*, Berlin, D. & H., 1^a ed, 1916, 2^a ed, 1977; si tratta di un'opera rimasta sostanzialmente sconosciuta in Italia fino al 1960 e più precisamente alla pubblicazione del libro di G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, Giuffrè, 1960.

⁽¹¹⁾ Critiche analoghe erano già state argomentate da G. VARDARO, « Arbeitsverfassung » ovvero *la stella dell'assimilazione*, in G. GOZZI, P. SCHIERA, *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Bologna, Il Mulino, 1987, pp. 338-339.

termine) se riconoscevano o no il giudizio stesso; il silenzio valeva come rifiuto. In tale ultima ipotesi, l'organo di conciliazione si limitava a rendere pubblico il giudizio. La *TVÖ* del 1918 non prevedeva, pertanto, alcuna forma di « sostituzione » di terzi alla volontà dei soggetti dell'autonomia collettiva. Con un nuovo decreto del 3 settembre 1919 (successivamente riformulato dal decreto del 12 febbraio 1920), il Governo guidato dal socialdemocratico Gustav Bauer ritornò, quindi, sulla questione nel contesto, questa volta, dei problemi relativi all'« assunzione ed al licenziamento degli operai e degli impiegati durante il periodo del disarmo ». Al § 25 del decreto era contemplata l'inedita (all'epoca prevista solo in Australia) possibilità per il commissario c.d. del disarmo di dichiarare, su richiesta anche di una sola delle parti, l'obbligatorietà del lodo arbitrale con un atto la cui natura veniva assimilata dalla dottrina maggioritaria a quella di un vero e proprio contratto collettivo. Tale provvedimento sollevò urgentemente la questione della riforma della disciplina della conciliazione e dell'arbitrato collettivi. A tal fine furono, quindi, presentate, e discusse, al *Reichstag* diverse proposte⁽¹²⁾, ma a risolvere l'ennesimo stallo parlamentare fu, ancora una volta, l'iniziativa diretta del Governo il quale intervenne a regolare la materia con il decreto del 30 ottobre 1923 (*Verordnung über das Schlichtungswesen = SchIVO*) ed i successivi regolamenti attuativi del 10 dicembre e del 29 dicembre sempre del 1923. Con la giustificazione di far fronte all'evenienza immediata della galoppante inflazione, fu così introdotta una disciplina che si rivelerà, all'opposto, tutt'altro che provvisoria perché non si realizzarono più le premesse socio-eco-

(12) Cfr. per l'illustrazione dettagliata delle stesse: I. VON BRAUCHITSCH, *Staatliche Zwangsschlichtung: die Ausholung der Tarifautonomie in der Weimarer Republik*, Fa.M.-Bern-New York-Paris, Peter Lang, 1990, pp. 60-84. È interessante notare come, secondo i dati forniti dal Ministero del lavoro del *Reich*, nel 1924 furono conclusi 1680 contratti collettivi; emessi 18575 giudizi arbitrali di cui 10562 fatti propri dalle parti e 839 dichiarati obbligatori; nel 1925 furono conclusi 1285 contratti collettivi; emessi 13418 giudizi arbitrali di cui 4629 fatti propri dalle parti e 707 dichiarati obbligatori; nel 1926 furono conclusi 573 contratti collettivi; emessi 5043 giudizi arbitrali di cui 1580 fatti propri dalle parti e 480 dichiarati obbligatori; nel 1927 furono conclusi 1069 contratti collettivi; emessi 8436 giudizi arbitrali di cui 2723 fatti propri dalle parti e 936 dichiarati obbligatori. L'evoluzione vide il succedersi del cosiddetto *Rubresenstreit* del 1928 (cfr. nel libro di Kittner p. 483 ss.); la presa di posizione finale sul conflitto stesso del *Reichsarbeitsgericht* con la decisione del 22 gennaio 1929; l'intervento del *Reichstag* nelle procedure di conciliazione ed, in particolare, il caso della controversia nel settore dell'industria metalmeccanica di Berlino (cfr. nel libro di K. pp. 488 ss.); i decreti di sospensione della possibilità di dichiarazione di efficacia obbligatoria del giudizio arbitrale; le c.d. *Notverordnungen* ed, infine, la legge sui *Treibänder der Arbeit* del 19 maggio 1933.

nomiche che avrebbero consentito di sviluppare un autonomo sistema di contrattazione collettiva. Invero, la *SchöVO* del 1923 lasciava formalmente in vita il « livello » della regolamentazione del fenomeno della contrattazione collettiva raggiunto, secondo le tanto aspirate ambizioni di Sinzheimer, con la *TVO* del 1918, ma, allo stesso tempo generalizzò la possibilità — non solo su richiesta delle parti ma anche d'ufficio in caso di sussistenza di un interesse pubblico — della dichiarazione statale di vincolatività della decisione arbitrare alla quale non rinunciò nessuno dei successivi governi i quali « svuotarono » così l'autonomia collettiva ⁽¹³⁾.

K. ripercorre questa *débâcle* dell'autonomia collettiva tuttavia egli rischia di tanto in tanto di eccedere nel senno di poi. Ciò accade, invero, frequentemente, in relazione al periodo socialmente ed economicamente burrascoso della Repubblica di Weimar. Si pensi alle discussioni storiche sul modo in cui si fronteggiò il fenomeno inflativo le quali dovrebbero prescindere totalmente dalle categorie keynesiane giacché *The General Theory of Employment, Interest and Money* fu pubblicata solo nel 1936. In ambito giuslavoristico si dovrebbe, invece, realisticamente prender atto che durante tutto il periodo tra il 1918 e il 1933 non si realizzarono mai le condizioni socio-economiche per lo sviluppo di un'autonoma contrattazione collettiva ⁽¹⁴⁾. È questo lo scenario di fondo in cui andrebbero collocate le prese di posizione di S. Con questo rilievo metodologico, non voglio certo negare le debolezze del pensiero sinzheimeriano ⁽¹⁵⁾ la principale delle quali risiede forse nell'ottocentesca separazione tra sfera economica e contesto politico.

Ciò che non convince dell'analisi di K. è la sua prospettazione del (giovane) Nipperdey quale campione dell'autonomia collettiva. A riprova del suo assunto K. cita un episodio dell'ottobre del 1930 quando N. intervenne ad un convegno a Mannheim criticando (quella che K. a p. 471, calcando la mano, apostrofa come) « l'incostante » posizione di difesa della dichiarazione di vincolatività della decisione arbitrare del relatore Sinzheimer ricordandogli che egli era stato il più convinto sostenitore dell'autonomia delle associazioni nella regolamentazione delle condizioni di lavoro. Questo richiamo non mi persuade.

⁽¹³⁾ È il giudizio di fondo a cui giunge I. VON BRAUCHITSCH, cit. alla nt. 12, p. 99.

⁽¹⁴⁾ Cfr. K. STEIGER, *Kooperation, Konfrontation, Untergang. Das Weimarer Tarif- und Schlichtungswesen während der Weltwirtschaftskrise und seine Vorbedingungen*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1998; per un'analisi proiettata in un contesto temporale ed economico più ampio cfr. C.H. FEINSTEIN, P. TEMIN, G. TONIOLO, *The European Economy Between the Wars*, Oxford, University Press, 1997 trad. it., *L'economia europea tra le due guerre*, Roma-Bari, Laterza, 2000².

⁽¹⁵⁾ Cfr. L. NOGLER, *Le infruttuose radici weimariane della libertà sindacale*, in *DLRI*, p. 101 ss.

Le parole di N. devono essere lette in stretta aderenza all'effettivo contesto storico in cui furono pronunciate. In quel contesto, la libertà di N. — visto che anche quest'a. non si pronunciò mai a favore del « diritto » di sciopero — finiva, sostanzialmente, con l'identificarsi con quella libertà formale, priva di contenuti concreti, contro cui si scagliò la forza espressiva di Jünger il quale smascherò il concetto borghese di società. Un concetto il quale rimuove gli istinti elementari nel regno dell'errore e dei sogni ⁽¹⁶⁾ (non a caso fu un periodo di forte sviluppo delle trattazioni psicoanalitiche). Come noto la parte positiva del discorso di Jünger s'identificò nell'invocazione di una sorta di ordine sociale militaresco ⁽¹⁷⁾ alla cui traduzione in ambito giuslavoristico contribuì lo stesso Nipperdey (ma su questo si dovrà tornare nel prossimo paragrafo). Solo con il secondo dopoguerra — e in Germania con significativi ritardi rispetto al resto del contesto europeo (non dimentichiamo che la *Grundgesetz*, a differenza del preambolo della Costituzione francese del 1946 e dell'art. 40 della Costituzione italiana del 1948 ⁽¹⁸⁾, non richiama espressamente il diritto di sciopero) ⁽¹⁹⁾ — il

⁽¹⁶⁾ E. JÜNGER, *Der Arbeiter. Herrschaft und Gestalt*, 1^a ed., Hamburg, Hanseatischen Verlags-Anstalt, 1932, 2^a ed, 1963.

⁽¹⁷⁾ Cfr., criticamente, H. MARCUSE, *The New German Mentality* 1942 trad. tedesca *Die neue deutsche Mentalität*, in Id., *Feindanalysen. Über die Deutschen*, Lünberg, zu Klampen, 1998, p. 37 ss.

⁽¹⁸⁾ Nel preambolo della Costituzione della quinta repubblica francese del 27 ottobre 1946 si afferma che « *le droit de greve s'exerce dans le cadre des lois qui réglementent* » (il diritto di sciopero va esercitato nel quadro delle leggi che lo regolano). Analoga formulazione si rinviene nell'art. 40 cost. italiana (« Il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano »). L'art. 28 comma 2 della Costituzione spagnola del 27 dicembre 1978 riconosce il diritto di sciopero ma pone come limite la garanzia dei servizi essenziali. Il diritto di sciopero è riconosciuto nell'art. 59 della Costituzione portoghese del 2 aprile 1976 e nell'art. 23, § 2, della Costituzione greca dell'11 giugno 1975. In Danimarca, analogamente che nella Rft, trova un riconoscimento implicito a livello costituzionale nel § 78 della Costituzione del 5 giugno 1953 i virtù del quale « i cittadini hanno diritto, senza preventiva autorizzazione, ad associarsi per il conseguimento di scopi permessi dalla legge ». Solo il Belgio ed i Paesi Bassi non riconoscono a livello costituzionale il diritto di sciopero.

⁽¹⁹⁾ Tuttavia, pur non riconoscendo espressamente il diritto di sciopero a livello costituzionale (durante l'assemblea costituente fu proposto un art. 9 c. 4 che avrebbe dovuto recitare: « È riconosciuto il diritto alla astensione collettiva dal lavoro per la salvaguardia ed il miglioramento delle condizioni di lavoro e dell'economia. Il suo esercizio è regolato per legge »), è ormai pacifico che la Costituzione tedesca riconosca implicitamente il diritto di sciopero all'art. 9 comma 3° GG laddove afferma « il diritto di associarsi per la tutela ed il miglioramento delle condizioni economiche e lavorative è

sistema giuridico riuscì ad interiorizzare il valore positivo del conflitto. Ed, infine, come è possibile ergere a difensore della libertà sindacale chi giustificò la già considerata possibilità, da parte del commissario per il disarmo, di dichiarare l'obbligatorietà del lodo arbitrale, con la considerazione che « parti collettive responsabili avrebbero dovuto far proprio il lodo arbitrale »⁽²⁰⁾?

4. La « riabilitazione » di Nipperdey.

Nelle considerazioni appena svolte è già entrato in scena il vero protagonista degli ultimi settanta anni analizzati da K.: Hans Carl Nipperdey.

Ora, N. è stato, nel secondo dopoguerra, il principale protagonista di quello che negli anni Settanta fu chiamato il c.d. cartello del diritto del lavoro⁽²¹⁾ e fu il primo, nel 1954, a presiedere il tribunale federale del lavoro (*Bundesarbeitsgericht* = BAG)⁽²²⁾; la sua influenza ed autorevolezza raggiunse livelli straordinari tanto da meritarsi l'appellativo di « papa del diritto del lavoro » da parte di un osservatore rigo-

garantito ad ognuno e ad ogni professione. Gli accordi che limitano o cercano di impedire questo diritto sono nulli, e tutti i provvedimenti rivolti a tale scopo sono illegittimi » (cfr. T. BLANKE, *Il diritto di sciopero nei servizi pubblici nella Rft*, in DLRI, 1988, p. 493 il quale soggiunge che il riconoscimento implicito ha trovato conferma allorché con una legge costituzionale del 24.6.1968 è stata aggiunta a tale comma una terza frase secondo cui i c.d. provvedimenti di emergenza non possono « essere indirizzati contro i conflitti di lavoro, che sono condotti dalle associazioni di cui alla prima frase del presente comma, volti alla tutela ed al miglioramento delle condizioni economiche e lavorative, nel senso di cui alla presente legge ».

⁽²⁰⁾ H.C. NIPPERDEY, *Beiträge zum Tarifrecht*, Mannheim-Berlin-Leipzig, J. Bensheimer, 1924, p. 101.

⁽²¹⁾ R. WAHSNER, *Das Arbeitsrechtskartell - Die Restauration des kapitalistischen Arbeitsrechts in Westdeutschland nach 1945*, « Kritische Justiz », 1974, pp. 71 ss.; S.J. PERELS, *Die Restauration der Rechtslehre nach 1945*, « Kritische Justiz », 1984, pp. 359 ss.; nella letteratura italiana cfr. M. PEDRAZZOLI, *Introduzione*, in W. DÄUBLER, *Diritto sindacale e cogestione nella Germania federale*, Milano, F. Angeli, 1981, pp. 19 ss.

⁽²²⁾ Sul ruolo che tale a. ha rivestito nello sviluppo del diritto del lavoro tedesco del secondo dopoguerra cfr. da ultimo T. RAMM, *Pluralismus ohne Kodifikation. Die Arbeitsrechtswissenschaft nach 1945*, in D. SIMON, *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Suhrkamp, F.a.M., 1994, pp. 477 ss.; si veda comunque anche H. STUMPF, *Hans Carl Nipperdey*, in *Juristen im Portrait. Verlag und Autoren in 4 Jahrzehnten*, C.H. Beck, München, 1988, pp. 608 ss. nonché, per una valutazione elogiativa dello studioso, W. ZÖLLNER, *Das arbeitsrechtliche Schaffen von Nikisch, Hueck und Nipperdey, Der Betrieb*, 1965, pp. 105 ss.

roso come Thilo Ramm⁽²³⁾. Durante il periodo nazista, il futuro presidente del BAG si segnalò subito quale commentatore della legge nazista del 20 gennaio 1934 sulla *Ordnung der nationalen Arbeit*⁽²⁴⁾, nonché successivamente quale membro della *Akademie für Deutsches Recht* le cui finalità di fondo hanno generato, per coraggiosa reazione, uno dei testi giuridici, a parere di chi scrive, più appassionanti e coinvolgenti della letteratura giuridica tedesca⁽²⁵⁾. Infine, N. risulta pure tra i partecipanti all'*Aktion Ritterbusch*⁽²⁶⁾ e cioè al gruppo di circa cinquecento studiosi ai quali fu affidato il compito di configurare le coordinate culturali e scientifiche del futuro nuovo ordine europeo.

K. (p. 508) dà credito alle parole d'autodifesa con cui N. nel 1959, sulla rivista sindacale *Arbeit und Recht*, giustificò i suoi scritti del periodo nazionalsocialista affermando che solo chi ha vissuto, ed operato, in quel periodo può avere piena consapevolezza del fatto che per contribuire a far sopravvivere il pensiero dello stato di diritto, e per evitare lo smantellamento del BGB, occorreva mimetizzarsi. Sarà, non voglio qui allargare la discussione su questo terreno, il fatto è però che questa presunta linea di difesa dei principi liberali non emerse negli scritti di N. del periodo nazista. E comunque, concordo con Simitis quando osserva che risultava molto più coraggioso l'atteggiamento di Hans Julius Wolff il quale, al posto di mettersi al servizio dello spirito nazionalsocialista, si ritirò nel « minuzioso commento delle disposizioni sul lavoro a domicilio »⁽²⁷⁾.

Senonché, N. fu anche prescelto da Hans Böckler quale principale consulente sulle questioni giuslavoristiche e costituzionali connesse alla ricostruzione sindacale nel primo secondo dopoguerra e, quindi, conclude K., deve pur essere stato in grado di esibire sufficienti prove del suo contributo alla resistenza. Vero è che sappiamo ancora troppo poco sulla biografia di questo ingombrante protagonista del diritto del lavoro tedesco e, pertanto, lo stesso sbilanciamento di K., suffragato da una semplice presunzione e non accompagnato

⁽²³⁾ T. RAMM, *Zum freibeitlichen sozialen Rechtsstaat*, V. Klostermann, Frankfurt am Main, 1999, p. XV.

⁽²⁴⁾ Cfr. A. HUECK, H.C. NIPPERDEY, R. DIETZ, *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar*, München-Berlin, Beck, 2ed., 1937.

⁽²⁵⁾ Mi riferisco a H. SINZHEIMER, *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*, V. Klostermann, Fa.M., 1953.

⁽²⁶⁾ F.R. HAUSMANN, *Deutsche Geisteswissenschaft im Zweiten Weltkrieg. Die Aktion Ritterbusch (1940-1945)*, Dresden-München, Dresden University Press, 1998.

⁽²⁷⁾ S. SIMITIS, *Stolpersteine der Privatrechtsgeschichte. Über Knut Wolfgang Nörrs "Zwischen des Mühlsteinen"*, RJ, 8 (1989), p. 25. Da K. LAUSCHKE, *Hans Böckler, 2. Gewerkschaftlicher Neubeginn 1945-1951*, Klartext, Essen, 2005, pp. 71 ss. emerge che fu, in realtà, Nipperdey a proporsi, anche insistentemente, a Böcker.

dalle doverose riprove documentali, non tarderà a suscitare polemiche. Siamo dinnanzi ad una salutare messa in guardia nei confronti di giudizi eccessivamente schematici? Oppure, all'opposto, dobbiamo sospettare che l'acutezza dell'analista ceda su questo punto il passo dinnanzi al militante suggeritore del movimento sindacale tedesco?

5. *Le « normali » esigenze tedesche di scioperare.*

Il terzo ed ultimo profilo innovativo del libro di K. sul quale intendo soffermarmi riguarda la valutazione del « modello Nipperdey » a cui K. stesso giunge alla fine (siamo ormai alle soglie della testimonianza alla quale accennavo in apertura del commento) di alcune delle pagine più dense e suggestive della sua trattazione. Questo modello fu elaborato dal futuro presidente del tribunale federale del lavoro nel contesto di un parere del 2 gennaio 1953 che egli scrisse per conto della *Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände*, la confederazione tedesca delle associazioni di rappresentanza dei datori di lavoro (p. 605).

Orbene, K. conclude nel senso che la restrittiva (per un osservatore italiano) disciplina giurisprudenziale dello sciopero adottata dal BAG durante la presidenza di N. si adegua perfettamente alle normali esigenze dei destinatari della regolamentazione (p. 682) e a dimostrazione dell'assunto l'autore osserva che nei cinquant'anni della *Bonner Republik* a fronte di migliaia di scioperi sindacali ne sono stati dichiarati illegittimi non più di una dozzina (sempre p. 628). È senz'altro il giudizio, a seconda dei punti di vista, innovativo oppure azzardato espresse nel libro e che, più ancora della « riabilitazione » di N., susciterà roventi polemiche per il semplice fatto che tocca la *Gegenwart* e mette in discussione un vero e proprio *topic* della sinistra giuslavoristica tedesca.

Siamo, ad esempio, agli antipodi della relazione che Wolfgang Däubler espose in un famoso convegno internazionale (per l'Italia era presente Gino Giugni) organizzato dalla IG Metall a Monaco nel 1973; relazione la quale, partendo dal *Sollen* più che dal *Sein*, fu polemicamente intitolata « L'ideale sociale della corte federale del lavoro » riprendendo, quindi, le parole utilizzate nel 1931 da Otto Kahn-Freund. Däubler intendeva, sostanzialmente, dimostrare che, se durante la Repubblica di Weimar la disciplina dell'autonomia collettiva e del conflitto in materia di lavoro era finalizzata alla realizzazione « di un ordine sociale »⁽²⁸⁾ ispirato all'ideologia comuni-

(28) Cfr. W. DÄUBLER, H. HEGE, *Koalitionsfreiheit. Ein Kommentar*, Baden-Baden, Nomos, 1976, p. 28.

taria e, pertanto, lo sciopero fu considerato una mera « libertà »⁽²⁹⁾, anche l'approccio del *Bundesarbeitsgericht* risponde a valori olistici e resta, pertanto, di tipo funzionalistico⁽³⁰⁾.

Vero è che, specie rispetto alla realtà tedesca tradizionalmente contraddistinta da un senso molto diffuso della legalità, argomentare la legittimazione di una determinata trama normativa sulla base del comportamento "normale" dei consociati rischia di provare troppo poco oltretché (profetizzo) attirarsi qualche battuta sarcastica di Uwe Wesel.

Sul punto azzardo, comunque, un'ipotesi: K. sottovaluta eccessivamente il ruolo che il fattore istituzionale — il diritto e le strutture giudiziali e amministrative — possono giocare nel condizionare il comportamento dei consociati. In tal senso, sarebbe stato molto proficuo il confronto con quella corrente di storici americani (Christopher Tomlins e William Forbath) che hanno preso il nome di *new labor historians* i quali in diversi studi hanno dimostrato che la frequenza e la durata degli scioperi, e quindi l'attitudine degli operai a partecipare ad azioni collettive di protesta, fu negli Stati Uniti, a cavaliere tra l'Ottocento e il Novecento, maggiore che nella maggior parte degli Stati europei compresa l'Inghilterra⁽³¹⁾. Essi affermano, anzi, che lo stesso atteggiamento del movimento sindacale americano fu, complessivamente, molto più simile a quello dei sindacati europei di quanto non affermi la storiografia più tradizionale. Questo dato è molto importante perché porta ad escludere che la visione solo rivendicazionista che siamo abituati a considerare come la cifra essenziale del movimento sindacale

(29) Così, criticamente e in via chiaramente retrospettiva, W. DÄUBLER, H. HEGE, cit. alla nt. 55, p. 27. L'unica voce realmente contraria a questa che si può tranquillamente definire la *communis opinio* del periodo fu quella, già compiutamente espressa qualche anno addietro, di Heinz Potthoff secondo cui la libertà sindacale senza la « garanzia della libertà di sciopero » e solo una libertà « apparente » (H. POTTHOFF, in « Arbeitsrecht », 1925, pp. 987 ss.).

(30) Sul funzionalismo cfr. J. HARTMANN, voce *Funktionale Theorien der Politik*, in D. NOHLEN (Hrg.), *Lexikon der Politik*, I, *Politische Theorien*, München, 1995, pp. 129 ss. il quale postula un determinato modello di società e funzionalizza ogni comportamento e fenomeno sociale alla realizzazione di tale modello; questo modo è stato largamente utilizzato dalla Corte federale del lavoro per argomentare una serie incisa di militi ai diritti di sciopero: cfr. su questo collegamento tra funzionalismo e giurisprudenza in materia di sciopero, in termini condivisibilmente critici, T. BLANKE, *Koalitionsfreiheit und Streikrecht im öffentlichen Dienst*, in « Arbeit und Recht », 1989, p. 3 ss.

(31) W. FORBATH, *Law and the Shaping of Labor Politics in the United States and England*, in C.L. TOMLINS, A.J. KING (Edt.), *Historical and Critical Essays. Labor Law in America*, Baltimora-London, John Hopkins Univ. Press, 1992, pp. 204 ss.; ID., *Law and the Shaping of the American Labor Movement*, « Harvard Law Review », 102, 1991, p. 1109.

statunitense fosse già iscritta nel suo dna. I *new labor historians* sostengono, che essa si sia, invece, affermata in connessione a precisi fattori istituzionali tra i quali citano, *in primis*, l'atteggiamento del potere giudiziario nonché la struttura federalista dello Stato nonché, infine, l'assenza di un apparato amministrativo di rilievo⁽³²⁾. In particolare, l'assetto federale avrebbe contribuito in modo decisivo ad indebolire il legame di classe favorendo, invece, lo sviluppo di quello localistico (di tipo politico, religioso, etnico etc.). L'assenza di un vero e proprio apparato amministrativo, avrebbe, invece, agevolato la nota invadenza del potere giudiziario americano.

D'altronde, come si è rilevato più sopra, nello spiegare il fenomeno delle proteste collettive dei *Gesellen* lo stesso K. sposa l'approccio istituzionale. Ma il pregio del libro non risiede di certo nella sua coerenza metodologica e men che mai nell'adesione a percorsi precostituiti, bensì nell'eclittismo che lo pervade da cima a fondo. K. possiede una personalità ed esperienza troppo forte. La sua scrittura è sempre venata da salutarî tratti anti-accademici e poco incline a farsi imbrigliare da costruzioni sistematiche, le quali risultano d'altronde quasi sempre azzardate dinnanzi alla forte problematicità insita nella natura stessa del tema indagato.

(32) Fortissime le convergenze con l'approccio metodologico di D.C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, trad. it. Id., *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1994.

Strumenti

FRANCESCO SAVERIO NISIO

BIBLIOGRAFIA DI PIERRE BOURDIEU (1930-2002)

1. *Scritti di Bourdieu*: a) principali articoli & interviste; b) volumi. — 2. *Letteratura critica su Bourdieu*: a) volumi generali sull'opera di Bourdieu, ed articoli *in memoriam*; b) sociologia & scienze sociali; c) filosofia; d) diritto; e) storia; f) politica; g) religione; h) numeri speciali di riviste.

1. *Scritti di Bourdieu*.

Una bibliografia generale, pressoché completa, della sterminata e plurilingue produzione di Bourdieu è consultabile *on-line* sul sito della *Johannes Kepler Universität* di Linz: www.iwp.uni-linz.ac.at/lxe/sektktf/bb/hyperbourdieustart.html (vi si arriva anche digitando *Hyper-Bourdieu* su un motore di ricerca). In lingua tedesca è possibile consultare anche il sito www.praxisphilosophie.de/bourdieu.htm, dedicato ai molteplici aspetti della produzione intellettuale dell'autore.

In lingua francese, il sito di riferimento è all'indirizzo www.homme-moderne.org/societe/socio/bourdieu/index5.html, dove sono presenti svariati materiali di e su Bourdieu. Sul sito della rivista *Actes de la recherche en sciences sociales*, da Bourdieu fondata nel 1975, è possibile trovare l'elenco di tutti gli articoli da lui pubblicati, sia a nome proprio sia in collaborazione: www.ehess.fr/centres/cse/recactaz.html#signetB. Una selezione degli articoli su temi politici è consultabile direttamente in www.ac-versailles.fr/PEDAGOGI/ses/cite-site/bourdieu-sites.html.

Circa il formato a stampa si veda Y. DELASAUT-M. C. RIVIÈRE, *Bibliographie des travaux de Pierre Bourdieu*, Pantin, Les Temps de Cerises, 2002. In lingua italiana la bibliografia di riferimento è contenuta in G. MARSIGLIA, *Pierre Bourdieu. Una teoria del mondo sociale*, Padova, Cedam, 2002. Una bibliografia stabilita dallo stesso Bourdieu, limitata al 1991, si trova in appendice a P. BOURDIEU, *Risposte. Per un'antropologia riflessiva*, Torino, Bollati Boringhieri, 1992. Si veda inoltre la bi-

biografia dei principali saggi di Bourdieu su questioni politiche contenuta in appendice a P. BOURDIEU, *Proposta politica. Andare a sinistra, oggi*, Roma, Castelveccchi, 2005.

Nelle due sezioni che seguono vengono riportati in ordine cronologico dapprima i principali articoli pubblicati da Bourdieu, con indicazione dei volumi maggiori nei quali sono stati eventualmente ripresi, nonché delle traduzioni in italiano esistenti; segue la lista completa dei libri dell'autore, con indicazione di eventuali traduzioni italiane.

a) *principali articoli & interviste.*

Tartuffe ou le drame de la foi et de la mauvaise foi, in « Revue de la Méditerranée », 4-4, 1959

Guerre et mutation sociale en Algérie, in « Études méditerranéens », 7, 1960

Révolution dans la révolution, in « Esprit », 1, 1961

De la guerre révolutionnaire à la révolution, in F. PERROUX [a cura di], *L'Algérie de demain*, Paris, Puf, 1962

Célibat et condition paysanne, in « Etudes rurales », 5-5, 1962; riedito in P. BOURDIEU, *Le bal des célibataires. Crise de la société paysanne en Béarn*, Paris, Seuil, 2002.

Les relations entre les sexes dans la société paysanne, in « Les Temps Modernes », 199, 1962

Sociologues des mythologies et mythologies de sociologues (con J.-C. Passeron), in « Les temps modernes », 211, 1963; trad. *Sociologi delle mitologie e mitologie dei sociologi*, in P. BOURDIEU, *Mitosociologia. Contributi a una sociologia del campo intellettuale* (con J.-C. Passeron), Bologna, Guaraldi, 1971

La société traditionnelle. Attitude à l'égard du temps et conduite économique, in « Sociologie du travail », 1, 1963

The Sentiment of Honour in Kabyle Society, in J. G. PERISTIANY [a cura di], *Honour and Shame. The Values of Mediterranean Society*, London, Weidenfeld and Nicholson, 1965; ripreso in P. BOURDIEU, *Esquisse d'une théorie de la pratique précédé de trois études d'ethnologie kabyle*, Paris, Seuil, 1972

Différences et distinctions, in *Le partage des bénéfiques. Expansion et inégalités en France*, Paris, Minuit, 1966

Condition de classe et position de classe, in « Archives européennes de sociologie », 2, 1966

La transmission de l'héritage culturel, in *Le partage des bénéfiques. Expansion des inégalités en France*, Paris, Minuit, 1966; trad. in M. BARBAGLI [a cura di], *Istruzione, legittimazione e conflitto*, Bologna, Il Mulino, 1978²

- Champ intellectuel et projet créateur*, in « Les Temps Modernes », 264, 1966
- L'idéologie jacobine*, in *Démocratie et liberté*, Paris, Éditions sociales, 1966
- Sociology and Philosophy in France since 1945. Death and Resurrection of a Philosophy Without Subject* (con J-C. Passeron), in « Social Research », 34, 1967; trad. *Morte e resurrezione della filosofia senza soggetto*, in P. BOURDIEU, *Mitosociologia. Contributi a una sociologia del campo intellettuale* (con J-C. Passeron), Bologna, Guaraldi, 1971
- L'image de l'image*, testo di catalogo dell'esposizione di B. Rancillac *L'année 66*, Paris, Galerie Blumenthal-Mommaton, 1967; ripreso in « Art Press International », 133, 1989
- Postface*, in E. PANOFSKY, *Architecture gothique et pensée scolastique*, Paris, Minuit, 1967
- Systèmes d'enseignements et systèmes de pensée*, in « Revue internationale de sciences sociales », 3, 1967
- Les paradoxes de l'automate*, in « Coopération technique », 51/52/53, 1967
- Éléments d'une théorie sociologique de la perception artistique*, in « Revue internationale de sciences sociales », 4, 1968
- Structuralism and Theory of Sociological Knowledge*, in « Social Research », 4, 1968
- La maison kabyle ou le monde renversé*, in J. POUILLON-P. MARANDA [a cura di], *Échanges et communications. Mélanges offerts à Claude Lévi-Strauss à l'occasion de son 60e anniversaire*, Paris & Den Haag, Mouton 1970; ripreso in P. BOURDIEU, *Esquisse d'une théorie de la pratique précédé de Trois études d'ethnologie kabyle*, Paris, Seuil, 1972
- La théorie*, in « VH 1012 », 2, 1970
- L'opinion publique n'existe pas*, in « Noroît », 155, 1971, poi in « Les Temps Modernes », 318, 1973; trad. *L'opinione pubblica non esiste*, in A. BOSCHETTI, *La rivoluzione simbolica di Pierre Bourdieu*, Venezia, Marsilio, 2003
- Genèse et structure du champ religieux*, in « Revue française de sociologie », 3, 1971
- Une interprétation de la théorie de la religion selon Max Weber*, in « Archives européennes sociologie », 1, 1971
- Reproduction culturelle et reproduction sociale*, in « Information sur les sciences sociales », 2, 1971
- Le marché des biens symboliques*, in « L'Année Sociologique », 22, 1971
- Champ du pouvoir, champ intellectuel et habitus de classe*, in « Scolies », 1, 1971; trad. in « Rassegna italiana di sociologia », 3, 1975, e in P.

- BOURDIEU, *Campo del potere e campo intellettuale*, Roma, Manifestolibri, 2002
- Disposition esthétique et compétence artistique*, in « Les Temps Modernes », 295, 1971
- La défense du corps* (con L. Boltanski e P. Maldidier), in « Information sur les sciences sociales » 4, 1971
- The Thinkable and the Unthinkable*, in « Times Literary Supplement », 15. 10. 1971
- Les stratégies matrimoniales dans le système de reproduction*, in « Annales. Économies, Sociétés, Civilisations », 4/5, 1972; trad. *Le strategie matrimoniali nel sistema di riproduzione*, in A. MANOUKIAN [a cura di], *Famiglia e matrimonio nel capitalismo europeo*, Bologna, Il Mulino, 1974
- Éléments pour une théorie de la production, de la circulation et de la consommation des biens symboliques*, in « Revue de l'Institut de Sociologie, Université libre de Bruxelles », 4, 1972
- Les doxosophes*, in « Minuit », 1, 1972
- The Three Forms of Theoretical Knowledge*, in « Social Science Information », 12, 1973
- Classes et classement*, in « Minuit », 5, 1973
- Avenir de classe et causalité du probable*, in « Revue française de sociologie », 1, 1974
- Le couturier et sa griffe. Contribution à une théorie de la magie* (con Y. Delsaut), in « Actes de la recherche en sciences sociales », 1, 1975
- Les intellectuels dans le champ de la lutte des classes*, intervista in « La Nouvelle Critique », 87, 1975
- La spécificité du champ scientifique et les conditions sociales du progrès de la raison*, in « Sociologie et sociétés », 1, 1975; ripubblicato col titolo *Le champ scientifique*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 2/3, 1976
- L'invention de la vie d'artiste*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 2, 1975; trad. in P. BOURDIEU, *Campo del potere e campo intellettuale*, Roma, Manifestolibri, 2002
- Les catégories de l'entendement professorale* (con M. de Saint Martin), in « Actes de la recherche en sciences sociales », 3, 1975
- Le fétichisme de la langue (et l'illusion du communisme linguistique)* (con L. Boltanski), in « Actes de la recherche en sciences sociales », 4, 1975
- Le langage autorisé. Note sur les conditions sociales de l'efficacité du discours rituel*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 5-6, 1975; trad. in P. BOURDIEU, *La parola e il potere*, Napoli, Guida 1988
- La lecture de Marx: Quelques remarques critiques à propos de "Quelques remarques critiques à propos de « Lire Le Capital »*, in « Actes de la

- recherche en sciences sociales », 5-6, 1975; trad. in P. BOURDIEU, *La parola e il potere*, Napoli, Guida 1988
- Les modes de domination*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 2/3, 1976
- Le champ scientifique*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 2/3, 1976
- Un jeu chinois. Notes pour une critique sociale du jugement*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 4, 1976; ripreso in P. BOURDIEU, *La distinction. Critique sociale du jugement*, Paris, Minuit, 1979
- Anatomie du goût* (con M. de Saint-Martin), in « Actes de la recherche en sciences sociales », 5, 1976
- La production de la croyance: contribution à une économie des biens symboliques*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 13, 1977
- Remarques provisoires sur la perception sociale du corps*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 14, 1977; trad. *Osservazioni provvisorie sulla percezione sociale del corpo*, in *Il corpo tra natura e cultura*, Milano, Franco Angeli, 1988
- Questions de politique*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 16, 1977
- Sur le pouvoir symbolique*, in « Annales. Économies, Sociétés, Civilisations », 3, 1977; trad. *Sul potere simbolico*, in A. BOSCHETTI, *La rivoluzione simbolica di Pierre Bourdieu*, Venezia, Marsilio, 2003
- Une classe objet*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 17-18, 1977
- Pratique rituelle et discours*, in « Bulletin du centre Thomas More », 21, 1978
- Linguistique et sociologie du langage* (tavola rotonda con J-C. Chevalier, S. Delesalle, P. Encrevé, G. Fauconnier, J-C. Milner, A. Rey), in « Langue française », 34, 1977
- Capital symbolique et classes sociales*, in « L'Arc », 72, 1978
- Le patronat*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 21, 1978
- Les trois états du capital culturel*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 30, 1979
- Le mort saisit le vif. Les relations entre l'histoire réifiée et l'histoire incorporée*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 32-33, 1980
- Le Nord et le Midi: contribution à une analyse de l'effet Montesquieu*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 35, 1980; trad. in P. BOURDIEU, *La parola e il potere*, Napoli, Guida, 1988
- L'identité et la représentation. Éléments pour une réflexion critique sur l'idée de région*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 35, 1980; ripreso col titolo *La force de la représentation* in P. BOURDIEU, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil, 1994

- L'identité juive* (P. Bourdieu e J. BOLLACK intervistano Gershom Scholem), in « Actes de la recherche en sciences sociales », 35, 1980
- Sartre, in « London Review of Books », 2, 1980
- La représentation politique. Eléments pour une théorie du champ politique*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 36-37, 1981; ripreso in P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982; trad. *La parola e il potere. L'economia degli scambi linguistici*, Napoli, Guida, 1988
- Décrire et prescrire. Note sur les conditions de possibilité et les limites de l'efficacité politique*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 38, 1981; trad. in P. BOURDIEU, *La parola e il potere*, Napoli, Guida, 1988
- Lecture, lecteurs, lettrés, littérature*, in « Recherches sur la philosophie et la langage », 1, 1981; ripreso in P. BOURDIEU, *Choses dites*, Paris, Minuit, 1987
- Men and machines*, in K. KNORR-CETINA-A.V. CICOUREL [a cura di], *Advances in Social Theory and Methodology*, Boston, Routledge, 1981
- Les rites comme actes d'institution*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 43, 1982; trad. *I riti di istituzione*, in P. BOURDIEU, *La parola e il potere*, Napoli, Guida, 1988; trad. ulteriore *I riti come atti di istituzione*, in *Il ritorno delle differenze*, Milano, Franco Angeli, 1992
- La sainte famille. L'épiscopat français dans le champ du pouvoir* (con M. de Saint Martin), in « Actes de la recherche en sciences sociales », 44-45, 1982; ripreso in P. BOURDIEU, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil, 1994
- La mort du sociologue Erving Goffman. Le découvreur de l'infiniment petit*, in « Le Monde », 4. 12. 1982
- Repères*, in « Soziologisch Tijdschrift », 2, 1983; ripreso in P. BOURDIEU, *Choses dites*, Paris, Minuit, 1987
- Vous avez dit "populaire"?*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 46, 1983
- Les sciences sociales et la philosophie*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 47-48, 1983
- The Philosophical Establishment*, in A. MONTEFIORE [a cura di], *Philosophy in France Today*, Cambridge, Cambridge UP, 1983
- L'intérêt du sociologue*, in « Économies et sociétés », 10, 1984; ripreso in P. BOURDIEU, *Choses dites*, Paris, Minuit, 1987
- La délégation et le fétichisme politique*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 52-53, 1984; ripreso in P. BOURDIEU, *Choses dites*, Paris, Minuit, 1987
- Espace social et genèse des 'classes'*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 52-53, 1984; trad. ingl. *The Social Space and the Genesis of Groups*, in « Theory and Society », 6, 1985

- Consummation culturelle*, in *Encyclopaedia universalis*, t. 2, Paris, Encyclopaedia universalis, 1984
- La dernière instance*, in *Le siècle de Kafka*, Paris, Centre Georges Pompidou, 1984; ripreso in P. BOURDIEU, *Choses dites*, Paris, Minuit 1987
- Le champ littéraire. Préalables critiques et principes de méthode*, in « Landemains », 36, 1984
- La socioanalyse du sociologue*, intervista in « Le Magazine des sciences humaines », 3, 1984
- De la règle aux stratégies*, in « Terrains », 4, 1985; ripreso in P. BOURDIEU, *Choses dites*, Paris, Minuit 1987
- Les intellectuels et les pouvoirs*, in *Michel Foucault, une histoire de la vérité*, Paris, Syros, 1985
- Remarques à propos de la valeur scientifique et des effets politiques des enquêtes d'opinion*, in « Pouvoirs. Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques », 33, 1985; ripreso in P. BOURDIEU, *Choses dites*, Paris, Minuit, 1987
- Le champ religieux dans le champ de manipulation symbolique*, in G. VINCENT [a cura di], *Les nouveaux clercs. Prêtres, pasteurs et spécialistes des relations humaines et de la santé*, Genève, Labor et Fides 1985; ripreso parzialmente col titolo *La dissolution du religieux* in P. BOURDIEU, *Choses dites*, Paris, Minuit, 1987
- The Genesis of the Concepts of Habitus and Field*, in « Sociocriticism », 2, 1985
- La lecture: une pratique culturelle*, intervista in R. CHARTIER-A. PAIRE [a cura di], *Pratiques de la lecture*, Marseille et Paris, Rivages, 1985
- Dialogue à propos de l'histoire culturelle* (con R. Chartier e R. Darn-ton), in « Actes de la recherche en sciences sociales », 59, 1985
- Du bon usage de l'ethnologie*, in « Awal. Cahiers d'études berbères », 1, 1985
- L'illusion biographique*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 62-63, 1986; ripreso in P. BOURDIEU, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil, 1994
- La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 64, 1986
- Habitus, code et codification*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 64, 1986; ripreso in P. BOURDIEU, *Choses dites*, Paris, Minuit, 1987
- Nécessiter*, in « Cahier de l'Herne Francis Ponge », Paris, L'Herne, 1986
- The Struggle for Symbolic Order. An Interview with Pierre Bourdieu*, in « Theory, Culture and Society », 3, 1986; ripreso in P. BOURDIEU, *Choses dites*, Paris, Minuit, 1987
- L'assassinat de Maurice Halbwachs*, in « La liberté de l'esprit », 16, 1987

- Sociologues de la croyance et croyances de sociologues* (1982, comunicazione al congresso della *Association française de sociologie des religions*), in « Archives de Sciences Sociales des Religions », 1, 1987; ripreso parzialmente in P. BOURDIEU, *Choses dites*, Paris, Minuit, 1987
- Vive la crise! For heterodoxy in social sciences*, in « Theory and Society », 5, 1988
- Penser la politique*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 71-72, 1988
- Zurück zur Geschichte. Ein Gespräch mit P. Bourdieu* (con *Debatte Derrida-Bourdieu*), in J. ALTWEGG [a cura di], *Der Heidegger-Kontroverse*, Frankfurt, Athenäum, 1988
- L'habitus est un système de virtualité qui ne se révèle qu'en situation*, intervista con lo storico R. Chartier, 1988, in www.sociotoile.net/article51.html
- A l'illusion messianique, il faut substituer des espérances rationnelles modérées*, intervista con lo storico R. Chartier, 1988, in www.sociotoile.net/article24.html
- Aspirant philosophe. Un point de vue sur le champ universitaire dans les années 50*, in *Les enjeux philosophiques des années 50*, Paris, Centre Pompidou, 1989
- Gens à histoire, gens sans histoires*, in « Politix », 6, 1989
- The Corporatism of the Universal: The Role of Intellectuals in the Modern World*, in « Telos », 81, 1989
- Reproduction interdite. La dimension symbolique de la domination économique*, in « Etudes rurales », 113-114, 1989
- From the Sociology of Academics to the Sociology of the Sociological Eye*, in « Social Theory », 1, 1989
- Un contrat sous contrainte*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 81-82, 1990
- Droit et passe-droit. Le champ des pouvoirs territoriaux et la mise en œuvre des règlements*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 81-82, 1990
- Le sens de la propriété. La genèse sociale des systèmes de préférences* (con M. de Saint Martin), in « Actes de la recherche en sciences sociales », 81-82, 1990
- Animadversiones in Mertonem*, in J. CLARK-C. MODGIL-S. MODGIL [a cura di], *Robert K. Merton. Consensus and Controversy*, Bristol & London, Falmer Press, 1990; ripreso col titolo *La double rupture* in P. BOURDIEU, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil, 1994
- Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*, in F. CHAZEL-J. COMMAILLE [a cura di], *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, Lgdj, 1991
- On the Possibility of a Field of World Sociology*, in P. BOURDIEU-J. S.

- COLEMAN [a cura di], *Social Theory for a Changing Society*, New York, Westview Press, 1991
- The Peculiar History of Scientific Reason*, in « Sociological Forum », 5-2, 1991
- Un fondement paradoxal de la morale*, in W. R. SHEA-A. SPADAFORA [a cura di], *From the Twilight of Probability*, Canton Mass., Science History Publications, 1992; ripreso in P. BOURDIEU, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil, 1994
- Thinking about Limits*, in « Theory, Culture and Society », 1, 1992
- Pour une internationalization des intellectuels*, in « Politis », 1, 1992
- L'espace des points de vue*, in P. BOURDIEU [a cura di], *La misère du monde*, Paris, Seuil, 1993
- Esprits d'État. Genèse et structure du champ bureaucratique*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 96-97, 1993; ripreso in P. BOURDIEU, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil, 1994
- À propos de la famille comme catégorie réalisée*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 100, 1993
- L'Impromptu de Bruxelles*, in « Cahiers de l'École des sciences philosophiques et religieuses », 14, 1993
- Stratégies de reproduction et modes de domination*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 105, 1994
- L'Économie des biens symboliques*, in « Cahiers du Groupe de Recherche sur la Socialisation », 13, 1994; ripreso in versione breve in P. BOURDIEU, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil, 1994
- Avant-propos dialogué* (con J. Maître), in J. MAÎTRE, *L'autobiographie d'un paranoïque. L'abbé Berry (1878-1947) et le roman de Billy « Introïbo »*, Paris, Anthropos, 1994
- Le rire des évêques*, in P. BOURDIEU, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil, 1994
- Propos sur l'économie de l'Église*, in P. BOURDIEU, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil, 1994
- Piété religieuse et dévotion artistique*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 105, 1994
- Sur les rapports entre la sociologie et l'histoire en Allemagne et en France*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 106-107, 1995
- La cause de la science. Comment l'histoire sociale des sciences sociales peut servir le progrès de ces sciences*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 106-107, 1995
- Sciences sociales et démocratie*, in P. COMBINALE-J.-P. PIRIOU [a cura di], *Nouveau manuel de sciences économiques et sociales*, Paris, La Découverte, 1995

- Des familles sans nom*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 113, 1996
- In memoriam Gilles Deleuze*, in « Liber. Revue internationale des livres », 28, 1996
- Pour un historicisme rationaliste*, in « Quartier libre. Journal des étudiants et étudiantes de l'Université de Montréal », 17, 1996; riasunto della conferenza a cura di L. Desrochers in « Bulletin d'information » (2, 1996) della *Association canadienne des sociologues et anthropologues de langue française* (si veda in www.acsalf.ca/FO-ST_SITE/vol18_1996/desrochers96.pdf)
- Sociologie et histoire*, in M. JUFFÉ [a cura di], *Aux Frontières du savoir*, Paris, Presses de l'École Nationale des Ponts et Chaussées, 1996
- Conformisme & Résistance. Dialogue entre Pierre Bourdieu et Jacques Bouveresse* [1996], in J. BOUVERESSE, *Bourdieu, savant et politique*, Marseille, Agone, 2003
- Le mythe de la « mondialisation » et l'État social européen*, intervento alla *Confédération générale des travailleurs grecs* (GSEE) in Atene, 1996; ripreso in P. BOURDIEU, *Contre-Feux*, Paris, Liber-Raisons d'agir, 1998; anche in www.homme-moderne.org/societe/socio/bourdieu/contrefe/mythe.html
- De la maison du roi à la raison d'État. Un modèle de la genèse du champ bureaucratique*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 118, 1997; trad. in L. WACQUANT [a cura di], *Le astuzie del potere*, Verona, Ombre Corte, 2005
- Le champ économique*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 119, 1997
- Le marché comme mythe savant*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 119, 1997
- Neo-Liberalisme comme révolution conservatrice*, allocuzione per l'*Ernst-Bloch-Preis* (titolo originale: "Un utopisme raisonné pour l'Europe", 22 novembre 1997), in K. KUFELD [a cura di], *Zukunft gestalten. Reden und Beiträge zum Ernst-Bloch-Preis 1997*, Tübingen, Talheimer 1998; trad. inglese *A Reasoned Utopia and Economic Fatalism*, in « New Left Review », 227, 1998
- Pierre Bourdieu et les SES...*, in « Aspes-info », 21, 1998; ripreso in « Idées 129 », 10, 2002
- Réponse, débat avec Pierre Bourdieu*, in « Bulletin de la Société d'Histoire Moderne et Contemporaine », 3-4, 1999
- Scattered Remarks*, in « European Journal of Social Theory », 3, 1999
- A propos de Karl Kraus et du journalisme*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 131-132, 2000
- L'inconscient d'école*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 135, 2000
- Le mystère du ministère. Des volontés particulières à la 'volonté générale'*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 140, 2001;

- trad. in L. WACQUANT [a cura di], *Le astuzie del potere*, Verona, Ombre Corte, 2005
- La Philosophie, la science, l'engagement*, in D. ERIBON [a cura di], *L'infréquentable Michel Foucault. Renouveaux de la pensée critique*, Paris, Centre Georges Pompidou & EPEL, 2001
- Des turbans parlants. Pierre Bourdieu parle de l'Islam et de l'intellectuel collectif*, in « Frankfurter Rundschau », 21.11.2001; anche in *www.homme-moderne.org/societe/socio/bourdieu/*
- Science, politique et sciences sociales*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 141-142, 2002
- Les conditions sociales de la circulation internationale des idées*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 145, 2002
- Entretien avec Pierre Bourdieu*, in « Flux News », 27, déc. 2001 - janv. fév. 2002
- Wittgenstein, le sociologisme et la science sociale*, in J. BOUVERESSE, S. LAUGIER & J.-J. ROSAT [a cura di], *Wittgenstein, dernières pensées*, Marseille, Agone, 2002
- Participant objectivation*, in « The Journal of the Royal Anthropological Institute », 2, 2003; ripreso in « Actes de la recherche en sciences sociales », 150, 2004

b) *volumi.*

- Sociologie de l'Algérie*, Paris, Puf, 1958, 1963³; trad. parziale in T. TENTORI [a cura di], *Antropologia economica*, Milano, Angeli, 1974
- Travail et travailleurs en Algérie* (con A. Darbel, J.-P. Rivet e C. Seibel), Paris-La Haye, Mouton 1963
- Le déracinement. La crise de l'agriculture traditionnelle en Algérie*, Paris, Minuit, 1964
- Les Etudiants et leurs études* (con J.-C. Passeron e M. Eliard), Paris-La Haye, Mouton, 1964
- Les héritiers. Les étudiants et la culture* (con J.-C. Passeron), Paris, Minuit, 1964, 1966²; trad. *I delfini. Gli studenti e la cultura*, Bologna, Guaraldi, 1971, 1978²
- Une art moyen. Essai sur les usages sociaux de la photographie* (con L. Boltanski, R. Castel e J.-C. Chamboredon), Paris, Minuit, 1965, 1970²; trad. *La fotografia. Usi e funzioni sociali di un'arte media*, Bologna, Guaraldi, 1971, 2004²
- Rapport pédagogique et communication* (con J.-C. Passeron e M. de Saint-Martin), Paris-La Haye, Mouton 1965
- L'amour de l'art. Les musées d'art et leur public* (con A. Darbel e D. Schnapper), Paris, Minuit, 1966, 1969²; trad. *L'amore dell'arte. Le leggi della diffusione culturale. I musei europei e il loro pubblico*, Rimini, Guaraldi, 1972

- Le métier de sociologue. Préalables épistémologiques* (con J.-C. Chamboredon e J.-C. Passeron), Paris, Mouton, 1968, 2006⁶; trad. *Il mestiere di sociologo*, Rimini, Guaraldi, 1976
- La reproduction. Eléments pour une théorie du système d'enseignement*, Paris, Minuit, 1970, 1989²; trad. *La riproduzione: teoria del sistema scolastico ovvero della conservazione dell'ordine culturale*, Rimini, Guaraldi, 1972
- Esquisse d'une théorie de la pratique, précédé de trois études d'ethnologie kabyle*, Genève, Librairie Droz, 1972, 2000²; trad. *Per una teoria della pratica, con tre studi di etnologia cabila*, Milano, Raffaello Cortina, 2003
- Algérie 60. Structures économiques et structures temporelles*, Paris, Minuit, 1977
- Outline of a Theory of Practice*, Cambridge, Cambridge UP, 1977 (trad. inglese, aumentata e modificata, di *Esquisse d'une théorie de la pratique*, cit.)
- La distinction. Critique sociale du jugement*, Paris, Minuit, 1979, 1982²; trad. *La distinzione, Critica sociale del gusto*, Bologna, Il Mulino, 1983
- Questions de sociologie*, Paris, Minuit, 1980
- Le sens pratique*, Paris, Minuit, 1980, 1994²; trad. *Il senso pratico*, Roma, Armando, 2003
- Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982; trad. *La parola e il potere. L'economia degli scambi linguistici*, Napoli, Guida, 1988
- Leçon sur la leçon*, Paris, Minuit, 1982; trad. *Lezione sulla lezione*, Genova, Marietti, 1991
- Homo academicus*, Paris, Minuit, 1984, 1988²
- Choses dites*, Paris, Minuit, 1987
- L'ontologie politique de Martin Heidegger*, Paris, Minuit, 1988; trad. *Führer della filosofia? L'ontologia politica di Martin Heidegger*, Bologna, Il Mulino, 1989
- La noblesse d'État. Grandes écoles et esprit de corps*, Paris, Minuit, 1989
- Satz und Gegensatz. Über die Verantwortung des Intellektuellen*, Berlin, Wagenbach, 1989; trad. *La responsabilità degli intellettuali*, Bari, Laterza 1991
- Language and Symbolic Power*, Cambridge, Polity Press, 1991 (trad. inglese parziale di *Ce que parler veut dire*, cit., più altri testi editi fra 1977 e 1984; edizione curata da J. B. Thompson)
- Les règles de l'art. Genèse et structure du champ littéraire*, Paris, Seuil, 1992, 1998²; trad. *Le regole dell'arte*, Torino, Paravia-Scriptorium, 2000; Milano, Il Saggiatore, 2005
- Réponses. Pour une anthropologie réflexive* (con L. Wacquant), Paris, Seuil, 1992; trad. *Risposte. Per un'antropologia riflessiva*, Bollati Boringhieri, Torino 1992

- La misère du monde* [a cura di], Paris, Seuil, 1993
- Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil, 1994; trad. *Razioni pratiche*, Bologna, Il Mulino, 1995
- Libres-échanges* (con H. Haacke), Paris, Seuil, 1994
- Sur la télévision, suivi de L'emprise du journalisme*, Paris, Liber-Raisons d'agir, 1996; trad. *Sulla televisione*, Milano, Feltrinelli, 1997
- Méditations pascaliennes. Eléments pour une philosophie négative*, Paris, Seuil, 1997, 2003²; trad. *Meditazioni pascaliane*, Milano, Feltrinelli, 1998
- Les usages sociaux de la science. Pour une sociologie clinique du champ scientifique*, Versailles, INRA Editions, 1997; trad. *Gli usi sociali della scienza*, Roma, Seam, 1999
- La domination masculine*, Paris, Seuil, 1998; trad. *Il dominio maschile*, Milano, Feltrinelli, 1999²
- Contre-Feux. Propos pour servir à la résistance contre l'invasion néolibérale*, Paris, Liber-Raisons d'agir, 1998; trad. *Controfuochi*, Roma, Reset, 1998
- Propos sur le champ politique*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 2000; trad. *Proposta politica. Andare a sinistra, oggi*, Roma, Castelvecchi, 2005
- Les structures sociales de l'économie*, Paris, Seuil 2000; trad. *Le strutture sociali dell'economia*, Trieste, Asterios, 2004
- Science de la science et réflexivité*, Paris, Raisons d'agir, 2001; trad. *Il mestiere di scienziato*, Milano, Feltrinelli, 2003
- Contre-Feux 2. Pour un mouvement sociale européen*, Paris, Liber-Raisons d'agir, 2001; trad. *Controfuochi 2*, Roma, Manifestolibri, 2001
- "Si le monde social m'est supportable c'est parce que je peux m'indigner". Entretiens*, La Tour-d'Aigues, Éditions de l'Aube, 2002; trad. *Il mondo sociale mi riesce sopportabile perché posso arrabbiarmi*, Roma, Nottetempo, 2004
- Le bal des célibataires. Crise de la société paysanne en Béarn*, Paris, Seuil, 2002
- Esquisse pour une auto-analyse*, Paris, Raisons d'agir, 2004; trad. *Questa non è un'autobiografia. Elementi per un'autoanalisi*, Milano, Feltrinelli, 2005

2. Letteratura critica su Bourdieu.

Pressoché tutti i volumi introduttivi alla figura e all'opera di Bourdieu menzionati qui di seguito contengono una bibliografia selezionata della letteratura secondaria nelle differenti lingue, aggiornata alla data di edizione dei singoli volumi.

In lingua inglese, e limitatamente alle opere in questa lingua, si può trovare *on-line* una *Bibliography of Work about Pierre Bourdieu*

(con aggiornamento solo al 1997) in www.massey.ac.nz/~nzsrd/bourdieu/bydateuk.htm.

In lingua italiana, si rinvia alla bibliografia degli scritti su Bourdieu contenuta in G. MARSIGLIA, *Pierre Bourdieu. Una teoria del mondo sociale*, Padova, Cedam, 2002. Una bibliografia secondaria, limitata al 1991, è anche consultabile in appendice a P. BOURDIEU, *Risposte. Per un'antropologia riflessiva*, Torino, Bollati Boringhieri, 1992.

La seguente bibliografia, che non ha pretesa di completezza, è strutturata su un'ampia selezione della letteratura critica disponibile fino al 2005; ha taglio interdisciplinare; è suddivisa in sette sottosezioni: sociologia, filosofia, diritto, storia, politica, religione, numeri speciali di riviste dedicati a Bourdieu. A queste sottosezioni se ne potrebbero aggiungere ancora quattro: etnologia, sociologia dell'arte e della letteratura, sociologia dell'educazione e dei *media*, questione di genere.

a) *volumi generali sull'opera di Bourdieu, ed articoli in memoriam.*

ACCARDO, A., *Initiation à la sociologie. L'illusionnisme sociale: une lecture de Bourdieu*, Bordeaux, Le Mascaret, 1991²

ACCARDO, A.-CORCUFF, P., *La sociologie de Bourdieu. Textes choisis et commentés*, Bordeaux, Le Mascaret, 1986²

ADDI, L., *Sociologie et anthropologie chez Pierre Bourdieu: le paradigme anthropologique kabyle et ses conséquences théoriques*, Paris, La Découverte, 2002

ADKINS, L.-SKEGGS, B. [a cura di], *Feminism after Bourdieu*, Oxford, Blackwell Publishing, 2004

ALEXANDER, J. C., *La réduction. Critique de Bourdieu*, Paris, Cerf, 2000

BARTHE, Y. [a cura di], *Après Bourdieu, le travail de la critique*, Paris, La Découverte, 2002

BENSON, R.-NEVEU, E. [a cura di], *Bourdieu and the Journalistic Field*, Cambridge UK, Polity Press, 2005

BONNEWITZ, P., *Premières leçons sur la sociologie de Bourdieu*, Paris, Puf, 1997, 2002²

BONNEWITZ, P., *Pierre Bourdieu. Vie, oeuvres, concepts*, Paris, Ellipses, 2002

BOSCHETTI, A., *La rivoluzione simbolica di Pierre Bourdieu*, Venezia, Marsilio, 2003

BOUVERESSE, J., *Bourdieu, savant et politique*, Marseille, Agona, 2003

BOUVERESSE, J.-ROCHE, D. [a cura di], *La liberté par la connaissance. Pierre Bourdieu 1930-2002*, Paris, Odile Jacob, 2004

BROWN, N.-SZEMAN, I. [a cura di], *Pierre Bourdieu. Fieldwork in Culture*, Boston Way, Rowman and Littlefield, 2000

- CHAMPAGNE, P.-CHRISTIN, O., *Mouvements d'une pensée. Pierre Bourdieu*, Paris, Bordas, 2004
- CORCUFF, P., *Bourdieu autrement, fragilités d'un sociologue de combat*, Paris, Textuel, 2003
- CORCUFF, P. [a cura di], *Pierre Bourdieu, les champs de la critique*, Paris, Bpi, 2004.
- DERRIDA, J., *La réaction de Jacques Derrida*, in « Le Monde », 24.1.2002; anche in www.homme-moderne.org/societe/philoderrida/mortPB.html (per la scomparsa di Bourdieu)
- DUBOIS, J.-DURAND, P.-WINQUIN, Y. [a cura di], *Le Symbolique et le social. La réception internationale du travail de Pierre Bourdieu. Actes du colloque de Cerisy-la-Salle*, Liège, Les Editions de l'Université de Liège, 2005
- DIAZ-BONE, R., *Kulturwelt, Diskurs und Lebensstil. Eine Diskurstheoretische Erweiterung der bourdieuschen Distinktionstheorie*, Opladen, VS Verlag, 2002
- EDER, K. [a cura di], *Klassenlage, Lebensstil und Kulturelle Praxis: Beiträge zur Auseinandersetzung mit Pierre Bourdieus Klassentheorie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1989
- ENCREVÉ, P.-LAGRAVE, R. M. [a cura di], *Travailler avec Bourdieu*, Paris, Flammarion, 2003
- FERENCZI, T., *Pierre Bourdieu, le sociologue de tous les combats*, in « Le Monde », 24.01.02
- FOURNIER, M., *La dernière leçon de Pierre Bourdieu - In memoriam Pierre Bourdieu (1930-2002)*, in www.erudit.org/revue/socsoc/2001/v33/n2/008319ar.pdf
- FOWLER, B., *Pierre Bourdieu and Cultural Theory. Critical Investigations*, London, Sage, 1997
- FOWLER, B., *Reading Bourdieu on Society and Culture*, Oxford, Blackwell Publishing, 2000
- GEBAUER, G.-WULF, C. [a cura di], *Praxis und Ästhetik: Neue Perspektiven in Denken Pierre Bourdieus*, Frankfurt, Suhrkamp
- GRENFELL, M., *Pierre Bourdieu agent provocateur*, London, Continuum, 2004
- GRENFELL, M.-JAMES. D. [a cura di], *Bourdieu and Education. Acts of Practical Theory*, London, Falmer Press, 1998
- GRENFELL, M.-KELLY, M. [a cura di], *Pierre Bourdieu: Language, Culture and Education. Theory into Practice*, Bern, Peter Lang, 1999
- HARKER, R. [a cura di], *An Introduction to the Work of Pierre Bourdieu. The Practice of Theory*, London, Macmillan, 1990
- HEILBRON, J.-LENOIR, R.-SAPIRO G. [a cura di], *Pour une histoire des sciences sociales. Hommage à Pierre Bourdieu*, Paris, Fayard, 2004
- JANNING, F., *Pierre Bourdieus Theorie der Praxis*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1991
- LABELLE, D., *Contributions à l'étude de la communication. Les perspec-*

- tives de Carl G. Jung, Umberto Éco et Pierre Bourdieu: du jugement à une approche plus compréhensive*, Montréal, Université du Québec à Montréal, 2003
- LADRIÈRE, P., *Pour une sociologie de l'éthique*, Paris, Puf, 2001
- LAHIRE, B. [a cura di], *Le travail sociologique de Pierre Bourdieu. Dettes et critiques*, Paris, La Découverte, 1999
- LOJKINE, J. [a cura di], *Les sociologies critiques du capitalisme. En hommage à Pierre Bourdieu*, Paris, Presses universitaires de France, 2003
- LORDON, F., *L'intérêt souverain. Essai d'anthropologie économique spinoziste*, Paris, La Découverte, 2006
- MEYER, M., *In memoriam: Pierre Bourdieu (1930-2002)*, in « Revue internationale de philosophie », 2, 2002.
- MOLLET, E., *Bourdieu et Laruelle Sociologie réflexive et non-philosophie*, Paris, Petra, 2003
- MOUNIER, P., *Pierre Bourdieu, une introduction*, Paris, Pocket, 2001
- NOIREL, G., *Introduction à la socio-histoire*, Paris, La Découverte, 2006
- OLIVESI, S., *La communication selon Bourdieu. Jeu social et enjeu de société*, Paris, L'Harmattan, 2005
- PASSERON, J.-C., *Mort d'un ami, disparition d'un penseur*, in « Revue européenne des sciences sociales », 125, 2003
- PIAZZESI, C., *Abitudine e potere. Da Pascal a Bourdieu*, Pisa, Ets, 2003
- PINTO, E. [a cura di], *Penser l'art et la culture avec les sciences sociales en l'honneur de Pierre Bourdieu. Séminaire 2001-2002*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002
- PINTO, L., *Pierre Bourdieu et la théorie du monde social [1998]*, Paris, Albin Michel, 2002
- ROBBINS, D., *The Work of Pierre Bourdieu: Recognizing Society*, London, Open UP 1991
- ROBBINS, D., *Bourdieu and Culture*, London, Sage, 2000
- ROBBINS, D., *Pierre Bourdieu, 1930-2002*, in « Theory, Culture and Society », 3, 2002
- SALENTO, A., *Il campo e il gioco. Appunti su Bourdieu*, Lecce, Manni, 2004
- SEGURET, O., *Bourdieu-Godard: le choc sans bruit*, in « Libération », 25.1.2002, testo in www.homme-moderne.org/societe/socio/bourdieu/mort/li01254.html
- SHUSTERMAN, R. [a cura di], *Bourdieu. A Critical Reader*, Oxford, Blackwell, 1999
- SWARTZ, D., *Culture and Power. The Sociology of Pierre Bourdieu*, Chicago, University of Chicago Press, 1997
- SWARTZ, D. L.-ZOLBERG, V. L. [a cura di], *After Bourdieu. Influence, Critique, Elaboration*, Dordrecht, Kluwer, 2004
- TASSADIT, Y. [a cura di], *L'autre Bourdieu: celui qui ne disait pas ce qu'il avait envie de cacher*, Paris, Maison des sciences de l'homme, 2003

- VERDES-LEROUX, J., *Le savant et la politique. Essai sur le terrorisme sociologique de Pierre Bourdieu*, Paris, Grasset, 1998
- VINCENT, T., *L'indifférence des sexes. Critique psychanalytique de Bourdieu et de l'idée de domination masculine*, Ramonville Saint-Agne, Erès, 2002
- WACQUANT, L. [a cura di], *Le astuzie del potere. Pierre Bourdieu e la politica democratica*, Verona, Ombre Corte, 2005
- WEBB, J.-SCHIRATO, T.-DANAHER, G. [a cura di], *Understanding Bourdieu*, London, Sage, 2002

b) *sociologia & scienze sociali.*

- ALEXANDER, J.C., *La realtà della riduzione: la sintesi fallita di Pierre Bourdieu*, in « Quaderni di teoria sociale », 1, 2001; orig. *The Reality of Reduction: The Failed Synthesis of Pierre Bourdieu*, in J. C. ALEXANDER, *Fin de siècle Social Theory. Relativism, Reduction and the Problem of Reason*, London, Verso, 1995
- ANHEIER, H.K.-GERHARDS, J.-ROMO, F.P., *Forms of Capital and Social Structure in Cultural Fields: Examining Bourdieu's Social Topography*, in « American Journal of Sociology », 4, 1995
- ARCHER, M., *Process Without System*, in « Archives européennes de sociologie », 1, 1983
- ARINO, M., *Dialectique des structures sociales objectives et structures mentales des agents sociaux dans l'appréhension du processus de construction du sens*, in « Esprit critique », 3, 2002 (in www.espritcritique.org)
- BOHN, C., *Habitus und Context: Ein Kritischer Beitrag zur Socialtheorie Bourdieus*, Darmstadt, Westdeutscher Verlag, 1991
- BOSCHETTI, A., *Classi reali e classi costruite*, in « Rassegna italiana di sociologia », 1, 1985
- BRUBAKER, R., *Rethinking Classical Theory. The Sociological Vision of Pierre Bourdieu*, in « Theory and Society », 6, 1985
- CAILLÉ, A., *Esquisse d'une critique de l'économie générale de la pratique de Pierre Bourdieu*, in « Cahiers du LASA », 8-9, 1988; trad. *L'economicismo sociologico*, in A. CAILLÉ, *Mitologia delle scienze sociali. Braudel, Lévy-Strauss, Bourdieu*, Torino, Bollati Boringhieri, 1988
- CASTON BOYER, P., *La sociologia de Pierre Bourdieu*, in « Revista española de investigaciones sociológicas », 76, 1996
- CORCUFF, P., *Le collectif au défi du singulier: en partant de l'habitus, in Le travail idéologique de Pierre Bourdieu*, Paris, La Découverte, 2001
- D'ALESSANDRO, V., *Differenze e sfumature del gusto. A proposito de 'La Distinction' di Pierre Bourdieu*, in « Rassegna italiana di sociologia », 4, 1980

- DAL LAGO, A., *Il sociologo non temperato*, in « Rassegna italiana di sociologia », 1, 1985
- DÉCHAUX, J.-H., N. Elias et P. Bourdieu: analyse conceptuelle comparée, in « Archives européennes de sociologie », 2, 1993
- DE MONTLIBERT, C., *Éléments de réponse aux critiques de Pierre Bourdieu*, in « Regards sociologiques », 30, 2005
- EMIRBAYER, M.-GOLDBERG, C. A., *Pragmatism, Bourdieu and Collective Emotions in Contentious Politics*, in « Theory and Society », 5-6, 2005
- GRIGNON, C., *Le savant et le lettré, ou l'examen d'une désillusion*, in « Revue européenne des sciences sociales », 103, 1996
- GRILLER, R., *The return of the subject? The methodology of Pierre Bourdieu*, in « Critical Sociology », 1, 1996
- HAGE, G., *Pierre Bourdieu in the Nineties*, in « Theory and Society », 23, 1994
- HARKER, R.K.-STHEFAN, M., *Code and Habitus: Comparing the Accounts of Bernstein and Bourdieu*, in « British Journal of Sociology of Education », 2, 1993
- HARRISON, P. R., *Bourdieu and the Possibility of a Postmodern Sociology*, in « Thesis Eleven », 35, 1993
- HÉRAN, F., *Le rite et la croyance*, in « Revue française de sociologie », 2, 1986
- HÉRAN, F., *L'institution démotivée. De Fustel de Coulanges à Durkheim et au-delà*, in « Revue française de sociologie », 1, 1987
- HÉRAN, F., *La seconde nature de l'habitus. Tradition philosophique et sens commun dans le langage sociologique*, in « Revue française de sociologie », 3, 1987
- HONNETH, A., *The Fragmented World of Symbolic Forms: Reflections on Pierre Bourdieu's Sociology of Culture*, in « Theory, Culture and Society », 3, 1986
- KARSENTI, B., *Le sociologue dans l'espace des points de vue*, in « Critique », 579-580, 1995
- KAUPI, N., *The Sociologist as Moraliste: Bourdieu's Practice of Theory and the French Intellectual Tradition*, in « Substance », 3, 2000
- LEE, O., *Observations on Anthropological Thinking about the Culture Concept: Clifford Geertz and Pierre Bourdieu*, in « Berkeley Journal of Sociology », XXXIII, 1988
- LENOIR, R., *Pierre Bourdieu et l'intellectuel collectif*, in « Regards sociologiques », 30, 2005
- MARY, A., *Le corps, la maison, le marché et les jeux*, in « Cahiers du LASA », 8-9, 1988
- MYLES, J., *From Habitus to Mouth: Language and Class in Bourdieu's Sociology of Language*, in « Theory and Society », 6, 1999
- PIAZZESI, C., *La critica di Bourdieu alla televisione*, in « Quaderni spinoziani », 1, 2004

- RAVAIOLI, P., *Tra oggettivismo e soggettivismo. Problemi ed evoluzione della teoria sociale di Bourdieu*, in « Rassegna italiana di sociologia », 3, 2002
- ROBBINS, D., *Ways of Knowing Cultures: Williams and Bourdieu*, in J. WALLACE-R. JONES-S. NIELD [a cura di], *Raymond Williams Now: Knowledge, Limits and the Future*, London, Macmillan Press, 1997
- SASSATELLI, R., *Corpi in pratica: habitus, interazione e disciplina*, in « Rassegna italiana di sociologia », 3, 2002
- SEWELL, W.H. Jr., *A Theory of Structure: Duality, Agency and Transformation*, in « American Journal of Sociology », 1, 1992
- SILBER ILANA, F., *Space, Fields, Boundaries: The Rise of Spatial Metaphors in Contemporary Sociological Theory*, in « Social Research », 2, 1995
- URFALINO, P., *Holisme et individualisme: la clarification d'une querelle*, in « Esprit », juillet 2005
- WACQUANT, L., *Introduzione*, in P. BOURDIEU, *Réponses. Pour une anthropologie réflexive*, Paris, Seuil, 1992; trad. *Risposte. Per un'antropologia riflessiva*, Torino, Bollati Boringhieri, 1992
- WACQUANT, L., *Durkheim et Bourdieu: le socle commun et les fissures*, in « Critique », 579-580, 1995
- WACQUANT, L., *Lire 'Le Capital' de Pierre Bourdieu*, in L. PINTO-G. SA-PIRO-C. CHAMPAGNE [a cura di], *Pierre Bourdieu sociologue*, Fayard, Paris 2004

c) *filosofia.*

- ABOULAFIA, M., *A (neo) american in Paris: Bourdieu, Mead and Pragmatism*, in R. SHUSTERMAN [a cura di], *Bourdieu. A Critical Reader*, Oxford, Blackwell, 1999
- BAUMAN, Z., *Pierre Bourdieu on the Dialectics of Vita Contemplativa and Vita Activa*, in « Revue internationale de philosophie », 2, 2002
- BOUVERESSE, J., *Règles, dispositions et habitus*, in « Critique », 579-580, 1995
- CAMIC, C., *The matter of habit*, in « American Journal of Sociology », 5, 1986
- CHAUVIRÉ, C., *Des philosophes lisent Bourdieu*, in « Critique », 579/580, 1995
- CROIZER, J., *Géométrie dans l'espace social*, in « Revue internationale de philosophie », 2, 2002
- CROSSLEY, N., *The Phenomenological Habitus and his Construction*, in « Theory and Society », 1, 2001
- DOUGLAS, M., *Good Taste: Review of Pierre Bourdieu 'La Distinction'*, in « The Times Literary Supplement », 13, 1981

- FORNEL, M., *Légitimité et actes de langage*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 46, 1983
- FRÈRE, B., *De la philosophie à la sociologie en compagnie de Pierre Bourdieu*, in « Revue de l'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles », 1-4, 2002
- GEBAUER, G., *Comment une société est-elle possible?*, in « Revue internationale de philosophie », 2, 2002
- GELDOF, K., *Authority, Reading, Reflexivity: Pierre Bourdieu and the Aesthetic Judgment of Kant*, in « Diacritics », 1, 1997
- GINER, S., *The Social Structure of Critical Minds*, in « European Journal of Social Theory », 3, 1999
- GOODY, J., *L'anthropologue et les deux Bourdieu*, in J. BOUVERESSE - D. ROCHE [a cura di], *La liberté par la connaissance. Pierre Bourdieu 1930-2002*, Paris, Odile Jacob, 2004
- HACKING, J., *La science de la science chez Pierre Bourdieu*, in J. BOUVERESSE - D. ROCHE [a cura di], *La liberté par la connaissance. Pierre Bourdieu 1930-2002*, Paris, Odile Jacob, 2004
- HEILBRON, J., *Reflexivity and its Consequences*, in « European Journal of Social Theory », 3, 1999
- JAVEAU, C., *Bourdieu et le relativisme dans la construction des propositions à préention scientifique*, in « Revue internationale de philosophie », 2, 2002
- LEPENIES, W., *Contribution à une histoire des rapports entre la sociologie et la philosophie*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 47-48, 1983
- LORDON, F., *'Conatus' et institutions: pour un structuralisme énergétique*, in « L'Année de la régulation », 5, 2003
- LORDON, F., *Revenir à Spinoza dans la conjoncture intellectuelle présente*, in « L'Année de la régulation », 7, 2003
- MAUGER, G., *L'engagement sociologique*, in « Critique », 579-580, 1995
- MEYER, M., *De Kant à Bourdieu: un renouvellement de l'esthétique?*, in « Revue internationale de philosophie », 2, 2002
- MEYER, M., *Présentation*, in « Revue internationale de philosophie », 2, 2002
- PANAYOTOPOULOS, N., *The Tinker and the 'Primitive Thought' of the Tinkers of 'Primitive Thought'*, in « European Journal of Social Theory », 3, 1999
- PHILIPSE, H., *Questions of Method: Heidegger et Bourdieu*, in « Revue internationale de philosophie », 2, 2002
- PINTO, L., *Pierre Bourdieu et la philosophie*, in L. PINTO-G. SAPIRO-C. CHAMPAGNE [a cura di], *Pierre Bourdieu sociologue*, Paris, Fayard, 2004
- PINTO, L., *La théorie en pratique*, in « Critique », 579-580, 1995
- PINTO, L., *Voir autrement*, in « Revue internationale de philosophie », 2, 2002

- REDDING, P., *G.W.F. Hegel e Pierre Bourdieu: storia, kantismo e teoria sociale*, in « Quaderni di teoria sociale », 5, 2005
- REMY, J., *Lien entre action et structure. Contributions de Pierre Bourdieu à l'élaboration d'une méthode*, in « Revue de l'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles », 1-4, 2002
- RIST, G., *La notion médiévale d'habitus dans la sociologie de Pierre Bourdieu*, in « Revue européenne de sciences sociales », 22, 1984
- ROBBINS, D., *The Shield of Pascal*, in « European Journal of Social Theory », 3, 1999
- ROBBINS, D., *Sociology and Philosophy in the Work of Pierre Bourdieu, 1965-75*, in « Journal of Classical Sociology », 3, 2002
- ROBBINS, D., *Durkheim through the eyes of Bourdieu*, in « Durkheim Studies/Etudes Durkheimiennes », vol. 9, 2003
- SCHORSKE, C.E., *Pierre Bourdieu face au problème de l'autonomie*, in « Critique », 579-580, 1995
- SEARLE, J., *Réalité institutionnelle et représentation symbolique*, in J. BOUVERESSE - D. ROCHE [a cura di], *La liberté par la connaissance. Pierre Bourdieu 1930-2002*, Paris, Odile Jacob, 2004
- SEVERAC, P., *Le Spinoza de Bourdieu*, comunicazione al colloquio *Spinoza aujourd'hui*, Cerisy-La-Salle, 20-30 luglio 2002, dattiloscritto
- SHUSTERMAN, R., *Bourdieu et la philosophie anglo-américaine*, in « Critique », 579-580, 1995
- SHUSTERMAN, R., *Intellectualism and the field of aesthetics: the return of the repressed?*, in « Revue internationale de philosophie », 2, 2002
- SINGER, B.C.J., *Méditations pascalienues. The Skolè and Democracy*, in « European Journal of Social Theory », 3, 1999
- TAYLOR, C., *Suivre une règle*, in « Critique », 579-580, 1995
- VANDENBERGHE, F., *The Real is Rational: An Epistemological Analysis of Pierre Bourdieu's Generative Structuralism*, in « Sociological Theory », 1, 1998
- VASQUEZ GARCIA, F., *La tension infinie entre l'histoire et la raison: Foucault et Bourdieu*, in « Revue internationale de philosophie », 2, 2002
- WACQUANT, L., *The Double-Edged Sword of Reason*, in « European Journal of Social Theory », 3, 1999
- WEISS, J., *Méditations pascalienues?*, in « European Journal of Social Theory », 3, 1999

d) *diritto*.

- AFRICA VIDAL CLARAMONTE, M.C., *Re-presenting the 'Real'. Pierre Bourdieu and Legal Translation*, in « The Translator », 2, 2005
- CABRILLAC, R., *Le symbolisme des codes*, in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz-Puf, 1998

- CAILLOSSE, J., *Pierre Bourdieu, juris lector: anti-juridisme et science du droit*, in « Droit et Société », 56-57, 2004
- CARBONNIER, J., *Droit civil*, Paris, Puf, 2004
- COMMAILLE, J., voce *Habitus*, in A.-J. ARNAUD [a cura di], *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, Paris, Lgdj, 1993
- COMMAILLE, J., *Présentation*, in « Droit et Société », 56-57, 2004 [*dossier Pierre Bourdieu*]
- DEVILLÉ, A., voce *Champ* in A.-J. ARNAUD [a cura di], *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, Paris, Lgdj, 1993
- GARCIA INDA, A., *La violencia de las formas jurídicas. La sociología del poder y el derecho de Pierre Bourdieu*, Barcelona, Cedecs, 1977
- GARCIA VILLEGAS, M., *On Pierre Bourdieu's Legal Thought*, in « Droit et Société », 56-57, 2004
- HOWES, D., *De l'oralité et de la lettre de la loi*, in « Droit et Société », 32, 1996
- LASCOUMES, P.-LE BOURHIS, J.-P., *Des « passe-droits » aux passes du droit. La mise en œuvre socio-juridique de l'action publique*, in « Droit et Société », 32, 1996
- LENOIR, R., *Du droit au champ juridique*, in L. PINTO - G. SAPIRO - C. CHAMPAGNE [a cura di], *Pierre Bourdieu sociologue*, Paris, Fayard, 2004
- OCQUETEAU, F. - SOUBIRAN-PAILLET, F., *Champ juridique, juristes et règles de droit: une sociologie entre disqualification et paradoxe*, in « Droit et Société », 32, 1996
- RAYNAUD, P., *Le sociologue contre le droit*, in « Esprit », 39, 1980
- ROUSSEL, V., *Le droit et ses formes: éléments de discussion de la sociologie du droit de Pierre Bourdieu*, in « Droit et Société », 56-57, 2004
- SALENTO, A., *Diritto e campo giuridico nella sociologia di Pierre Bourdieu*, in « Sociologia del diritto », 1, 2002
- SCHOLZ, J.-M., *L'obstacle épistémologique premier de l'historien du droit*, in P. GROSSI [a cura di], *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1986
- SCHOLZ, J.-M., *La raison juridique à l'oeuvre: les krausistes espagnols*, in E. VOLKMAR HEYEN [a cura di], *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, Frankfurt, Klostermann, 1986
- SCHOLZ, J.-M., *Zur Soziologie des Justizbegriffs in den französischen Sozialwissenschaften*, in « Jus Commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte », 16, 1989

e) *storia*.

- ABRAMS, P., *Historical Sociology*, Ithaca, Cornell UP, 1982; trad. *Sociologia storica*, Bologna, Il Mulino, 1983
- AYMARD, M., *Sociologie et Histoire*, in H. MENDRAS-M. VERRET [a cura di], *Les champs de la sociologie française*, Paris, Armand Colin, 1988

- BURKE, P., *History and Social Theory*, Cambridge, Polity Press, 1992; trad. *Storia e teoria sociale*, Bologna, Il Mulino, 1995
- CHARLE, C., *Histoire sociale et sociologie: un itinéraire*, in « Bulletin de la Société d'Histoire Moderne et Contemporaine », 3-4, 1999
- COILLOT-THÉLÈNE, C., *La sociologie réflexive, l'anthropologie, l'histoire*, in « Critique », 579-580, 1995
- CORBIN, A., *Introduction: les formes de l'emprunt*, in « Bulletin de la Société d'Histoire Moderne et Contemporaine », 3-4, 1999
- FARGE, A., "Dire les choses du monde social", in « Bulletin de la Société d'Histoire Moderne et Contemporaine », 3-4, 1999
- HOBBSBAWM, E., *Sociologie critique et histoire sociale*, in J. BOUVERESSE-D. ROCHE [a cura di], *La liberté par la connaissance. Pierre Bourdieu 1930-2002*, Paris, Odile Jacob, 2004
- PROCHASSON, C., *Histoire politique et sciences sociales*, in « Bulletin de la Société d'Histoire Moderne et Contemporaine », 3-4, 1999

f) *politica*.

- ADDI, L., *Violence symbolique et statut du politique dans l'oeuvre de Pierre Bourdieu*, in « Revue française de science politique », 6, 2001
- BON, F.-SCHEMEIL, Y., *La rasionalisation de l'inconduite: comprendre le statut du politique chez Pierre Bourdieu*, in « Revue française de science politique », 6, 1980 (in www.persee.fr)
- CARO, J.-Y., *La sociologie de Pierre Bourdieu: éléments pour une théorie du champ politique*, in « Revue française de science politique »
- EMYRBAYER, M. - GOLDBERG, C.A., *Pragmatism, Bourdieu and collective emotions in contentious politics*, in « Theory and society », 34, 2005
- LANE, J. F., "Un étrange retournement": *Pierre Bourdieu and the French Republican Tradition*, in « Modern & Contemporary France », 4, 1999
- SANTORO, M., *L'intellettuale in campo: Bourdieu e la cultura italiana*, in « Il Mulino », 3, 2001
- SWARTZ, D., *From Critical Sociology to Public Intellectual: Pierre Bourdieu and Politics*, in D. SWARTZ - V. L. ZOLBERG [a cura di], *After Bourdieu*, Dordrecht, Kluwer, 2004

g) *religione*.

- AKINNASO, F.N., *Bourdieu and the Diviner: Knowledge and Symbolic Power in Yoruba Divination*, in J. WENDY [a cura di], *The Pursuit of Certainty: Religious and Cultural Formulations*, London, Routledge, 1995

- CERTEAU, M. DE, *Foucault et Bourdieu*, in M. DE CERTEAU, *L'invention du quotidien. 1: arts de faire*, Gallimard, Paris 1980, 1990²
- DIANTEILL, E., *Pierre Bourdieu et la religion. Synthèse critique d'une synthèse critique*, in « Archives de sciences sociales des religions », 118, 2002; versione inglese, riveduta e modificata, in SWARTZ, D. L.-ZOLBERG, V. L. [a cura di], *After Bourdieu. Influence, Critique, Elaboration*, Dordrecht, Kluwer, 2004
- KOUVOUAMA, A., *A propos du champ religieux chez Pierre Bourdieu*, in http://ses.ac-bordeaux.fr/bourdieu/article.php3?id_article=20 (registrazione audio-video)
- SWARTZ, D., *Bridging the Study of Culture and Religion. Pierre Bourdieu's Political Economy of Symbolic Power*, in « Sociology of religion », 1, 1996
- VERTER, B., *Spiritual Capital: Theorizing Religion with Bourdieu Against Bourdieu*, in « Sociological Theory », 2, 2003

h) *numeri speciali di riviste dedicati a Bourdieu, in ordine cronologico di pubblicazione*

- « Critique », 579-580, 1995, "Pierre Bourdieu"
- « Droit et Société », 32, 1996, "Norme, règle, habitus et droit chez Bourdieu"
- « International Journal of Contemporary Sociology », 2, 1996, "Pierre Bourdieu's Thought in Contemporary Sociology"
- « Actuel Marx », 20, 1996, "Autour de Pierre Bourdieu"
- « Magazine littéraire », 369, 1998, "Pierre Bourdieu, l'intellectuel dominant ?"
- « European Journal of Social Theory », 3, 1999, numero speciale sulle *Meditations pascaliennes*
- « Bulletin de la Société d'Histoire Moderne et Contemporaine », 3-4, 1999, "Les historiens et la sociologie de Pierre Bourdieu"
- « Sciences humaines », 2000, "Le monde selon Bourdieu"
- « Revue internationale de philosophie », 2, 2002, "Pierre Bourdieu et la philosophie"
- « Sciences humaines », 2002, "L'œuvre de Pierre Bourdieu"
- « Esprit critique. Revue internationale de sociologie et des sciences sociales », 3, 2002, numéro spécial sur la vie et l'œuvre de Pierre Bourdieu (consultabile in www.espritcritique.org/0403)
- « Revue de l'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles », 1-4, 2002 (edito nel 2003), "Hommage belge à Pierre Bourdieu"
- « Droit et Société », 59, 2004, "La place du droit dans l'œuvre de Pierre Bourdieu"
- « The Translator », 2, 2005, « Bourdieu and the Sociology of Translation and Interpreting »

Ragguagli Fiorentini

ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO
NELL'ANNO ACCADEMICO 2004-2005

Sono stati graditi ospiti del 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' per un soggiorno di studio il dr. RAFAEL GARCIA della Universidad de Navarra-Pamplona, il dr. MARIA PUYOL MONTERO della Universidad Complutense di Madrid, il prof. dr. RAMON AZNAR, della Universidad Carlos III di Madrid, il prof. dr. JESÚS DOMÍNGUEZ PLATA della Universidad de Sevilla, il dott. EUGENIO PIZARRO MORENO della Universidad de Sevilla, la prof. dr. MARIA ROSA PUGLIESE della Universidad de Buenos Aires, il dr. ALEJANDRO DIAZ MORENO della Universidad de Sevilla.

È stato pubblicato il volume 33/34 dei 'Quaderni fiorentini', in due tomi, dedicato a *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*, con saggi di GROSSI, COSTA, CAZZETTA, PICCININI, RAMADA CURTO, TRIULZI, DURAND, RODRÍGUEZ PIÑERO, CLAVERO, ALONSO ROMERO, RUSCHI, FONSECA, GABRIELLI, NUZZO, FABRE, ÁLVAREZ ALONSO, CAMPOS SERRANO, NOGUEIRA DA SILVA, SIMONSEN, MARTONE, ROSONI, FOCARDI, BAMBI, SORDI.

Nella 'Biblioteca' del Centro sono stati pubblicati il volume 64 della Collana: ARTURO CARLO JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, Tomo I (1910-1927), a cura di MARIA VISMARA MISSIROLI; ed il volume 65: FERDINANDO MAZZARELLA, *Nel segno dei tempi. Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale*.

Il 'Centro' ha pure avviato un primo progetto di alta formazione, in collaborazione con l'Istituto Italiano di Scienze Umane ed il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Roma 'La Sapienza', varando il dottorato: *Universalizzazione dei sistemi giuridici: storia e teoria*, con sede amministrativa presso il 'Centro' stesso.

VITO PIERGIOVANNI

RICORDO DI MARIO DA PASSANO

Sono grato a Pietro Costa ed agli altri amici dei 'Quaderni fiorentini' per aver voluto inserire nella Rivista un ricordo di Mario Da Passano e per avermi chiesto di scriverlo. So benissimo con quanto affetto Paolo Grossi e la sua Scuola hanno condiviso con noi genovesi il dolore per la scomparsa di Mario. Porterò sempre con me il ricordo di alcune accorate telefonate nelle quali Mario Sbriccoli, anch'egli alle prese con serissimi problemi di salute che hanno di lì a poco accomunato la sua sorte a quella di Da Passano, mi esprimeva la sua fraterna solidarietà.

Sbriccoli, più di ogni altro, aveva condiviso con Da Passano l'avventura scientifica di una nuova e più fertile stagione storiografica del diritto penale europeo. Ai temi penalistici Da Passano era arrivato quasi seguendo un percorso già tracciato, segnato da una tradizione familiare che aveva superato l'esperienza contadina delle campagne dell'estremo levante ligure per approdare ad una condizione operaia e piccolo borghese: tutto questo ha significato scelte di sacrificio e di impegno nello studio e nella vita sociale e la militanza politica nella sinistra è stato lo sbocco naturale. Un cantautore che ha cantato l'Eskimo indossato in quegli anni ricorda, tra gli altri, «alcuni audaci in tasca l'Unità», ed io ho sempre associato quest'immagine a Mario ed al giornale che gli spuntava dalla tasca. Per lui non era, però, un atteggiamento snobistico o di maniera ma piuttosto una forma di comprensione e di partecipazione alle azioni di miglioramento delle condizioni di alcuni settori tradizionalmente subalterni della società civile.

Credo che non si possa prescindere da questa chiave di lettura

personale e familiare per comprendere anche le sue scelte scientifiche. Alla base due passioni quasi sfrenate per l'illuminismo e la rivoluzione francese, identificati come le più efficaci documentazioni teoriche e politiche del passaggio ad una vera modernità scientifica e sociale. Al loro interno prima i temi costituzionalistici ed in seguito, dominanti, quelli penalistici sono stati i campi di azione storiografica prescelti.

Il primo argomento di studio è stato il processo costituzionale nella Liguria a cavallo tra diciottesimo e diciannovesimo secolo, oggetto della sua tesi di laurea. Ricordo i primi pezzi scritti della tesi, passati quasi con ritrosia a me — ero allora il giovane assistente che lo seguiva —, e la sua soddisfazione di riceverli indietro con l'approvazione. Quello che sin da allora mi colpiva era la sua naturale predisposizione alla ricerca, il gusto di scavare negli archivi e nelle biblioteche con pazienza certosina, superando difficoltà burocratiche ed ostacoli ambientali frapposti da chi, con qualche ambiguità, privilegia la conservazione rispetto alla fruizione da parte degli studiosi. A questo proposito l'aneddotica di Da Passano era infinita, come la sua pazienza e la sua tenacia di ricercatore. Anche dopo che, con l'aiuto di Franca De Marini e Giovanni Tarello, lo inglobammo ufficialmente nel nostro Istituto, la sua scrivania era una insormontabile parete di libri e fotocopie, che lo difendeva dai conversatori da salotto sempre volteggianti nei corridoi degli Istituti: l'unica pausa, ammessa ed ufficiale, era nel bar vicino quando svolgevamo il rito collettivo del caffè al seguito di Giovanni Tarello. Anche dopo il trasferimento a Sassari gli abbiamo conservato la scrivania, diffidando chiunque dal mettere ordine perché colà erano conservate 'le fotocopie di Da Passano'. Era una forma di riguardo nei suoi confronti dovuta alla imprevedibilità delle sue apparizioni a Genova. Era certo l'affetto per i vecchi genitori che lo riportava da noi, ma la grande mobilità, che ho sempre ammirato anche in Mario Sbriccoli, era una delle sue caratteristiche personali traslate nella attività di ricercatore: Genova, Firenze, Roma, Napoli o Barcellona, Parigi, Madrid, Vienna, Lubiana erano mete da raggiungere quando fosse necessario un riscontro documentale o un incontro di lavoro e la lontananza geografica o altre difficoltà operative non sono mai state un freno alla curiosità e alla costanza del ricercatore. L'opera scientifica di Da Passano, anche quando riferita a

contesti ambientali specifici, non è mai confinata in una 'provincia': il respiro culturale ed il riscontro bibliografico sono sempre rapportati ai più generali temi giuspolitici e riescono a tracciare percorsi scientifici ed a istituire confronti con la realtà pratica in cui operano gli istituti e gli uomini che li applicano. L'armonia maggiore nella composizione di questi elementi Da Passano la raggiunge proprio nei contributi dedicati alla storia della Sardegna ottocentesca, nei quali coglie magistralmente la tensione fra la tradizione e le pulsioni autonomistiche e l'azione tendenzialmente uniformante delle autorità centrali. Nella ricerca continua delle pulsioni sociali e delle radici economiche dei fenomeni giuridici e delle loro tecniche, Da Passano isola sempre di più le tematiche penali come la rappresentazione più evidente delle problematiche sociali.

La coerenza di un percorso collegato ad una grande tensione etica personale emerge e si rivela scientificamente fruttuosa negli studi di Da Passano sui rapporti tra illuminismo e codificazione penale, anch'essi spie di scelte che privilegiano il faticoso e tormentato percorso verso un diverso livello di civiltà giuridica. La lezione di Tarello e le proposte di Luigi Berlinguer a seguirlo, con singoli contributi, alla composizione dell'affresco storiografico che si è concretato nel grande progetto di valorizzazione dell'opera di Pietro Leopoldo nella Toscana settecentesca sono state occasioni di ripensamento storiografico più complessivo: le discussioni sulla vera o presunta 'modernità' del Codice penale leopoldino hanno confermato Da Passano nella sua idea che il valore di rottura storica del testo rispetto alla tradizione del passato fosse da ricercare « nei principi storico-giuridici che in esso vengono affermati, nei suoi contenuti normativi talora profondamente innovativi sia per il diritto sostanziale sia per quello processuale, destinati a produrre effetti di lunga durata ».

Partendo dai presupposti appena delineati si possono apprezzare compiutamente i lavori successivi di Da Passano relativi alla pena di morte per giungere alle opere su temi carcerari ispirati dalla riflessione sulla Sardegna come ospite dei più noti centri di reclusione. In un prezioso volume scritto originariamente per i suoi studenti Da Passano rivela lo spessore culturale delle sue scelte calate appieno nei più avanzati dibattiti sulla storia penale: criminalità, giustizia, prigioni, attenzione agli aspetti della devianza e del con-

trollo sociale sono frutto — egli dice — « di una scelta in qualche misura ideologica, nella convinzione cioè che quello possa essere uno strumento per dare voce a gruppi sociali subalterni che hanno lasciato poche altre testimonianze scritte di sé e che d'altro canto, contrariamente all'impostazione tradizionale della storiografia marxista o comunque legata al movimento operaio, non sia 'possibile separare con un taglio netto ciò che appartiene alle classi lavoratrici, i lavoratori dagli emarginati, il conflitto sociale dagli atteggiamenti refrattari » (1).

Ciò che maggiormente lo ha attratto negli ultimi anni della sua attività è stata la raccolta di tasselli attraverso i quali ricostruire gli sviluppi del processo di codificazione penale nel suo duplice aspetto culturale e reale. Al fondo di tutto l'idea di una ricostruzione complessiva degli sviluppi della codificazione penale in Italia fra Sette ed Ottocento, per la quale egli continuava a dire che era ancora presto ma con la speranza di porvi mano prima o dopo.

Questo tempo, purtroppo, gli è venuto a mancare, e non è certo la lacuna storiografica che rimane la cosa che più rattrista. Per me, che lo ho avuto sodale per quasi un quarantennio, mi consola solo la riflessione sulla qualità di quanto ha avuto il tempo di lasciarsi: un patrimonio di documenti, di idee e di studi che sono testimonianze di una storiografia che, nel suo rigore di metodo e di tecnica, riesce a proporre anche i contenuti di una pulsione civile e morale che appartengono solo agli storici di valore.

(1) M. DA PASSANO, *Emendare o intimidire? La codificazione del diritto penale in Francia e in Italia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino 2000, p. 11. Con un gesto di grande amicizia Francesco Sini ha inserito il ricordo di Mario Da Passano e la sua bibliografia completa nella Rivista da lui diretta « Diritto @ Storia », IV, 2005, Quaderno n. 4, Nuova Serie.

ANTONIO PADOA SCHIOPPA

RICORDO DI GIULIO VISMARA
(1913-2005)

La scomparsa di Giulio Vismara, avvenuta il 15 agosto del 2005, segna una data nel mondo, circoscritto ma vivo, della storiografia giuridica non solo italiana. Con lui scompare il decano della disciplina nel nostro Paese, ma soprattutto viene meno una personalità di studioso tra i più significativi del Novecento sul terreno della storia del diritto.

Nato a Milano il 4 aprile 1913, Vismara frequentò il Liceo classico Manzoni e poi si iscrisse alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica. Già in questa scelta era chiara una doppia opzione. Il diritto fu da lui preferito alla chimica (che il padre aveva in un primo tempo suggerito al figlio). Ma soprattutto l'iscrizione alla Cattolica, che da poco aveva iniziato i suoi corsi (alla Università statale di Milano, anch'essa recente, i corsi di giurisprudenza erano iniziati nel 1924), indica l'adesione esplicita del giovane studente al mondo della religione cattolica. Una scelta che risaliva agli anni dell'adolescenza e che costituì da allora la via da lui seguita sempre, con assoluta fedeltà e coerenza. All'università Vismara ebbe per maestri alcuni tra i giuristi italiani di spicco degli anni Trenta: da Biondi a Zanzucchi, da Olgiati a Messineo, da Rotondi a Roberti. E alla Cattolica conobbe una studentessa iscritta a Lettere, Lelia Marro, che qualche anno più tardi sarebbe diventata sua sposa e madre dei loro cinque figli. L'Università fondata da padre Gemelli (del quale Vismara fu sempre estimatore) era tra l'altro un'oasi relativamente al riparo dalla retorica e dalla militanza imposte dal fascismo (basti rammentare che Mario Rotondi vi si trasferì

da Pavia proprio per evitare la prestazione del giuramento prescritto ai professori universitari nel 1932). E Vismara del fascismo non fu seguace mai, anche se non era suo costume vantarsene negli anni in cui tanti lo fecero, spesso a torto, dopo la guerra.

Scelse di lavorare nel campo della storia del diritto molto presto. Ancora studente, una ricerca avviata al terzo anno sulla donazione nuziale nel diritto ebraico e nel diritto romano fu condotta con un approfondimento così inusuale da indurre il professor Melchiorre Roberti a chiedergli di pubblicarla prima ancora della laurea, nel 1934. Con Roberti Vismara si laureò, svolgendo una tesi sulla giurisdizione dei vescovi nel diritto tardo antico e nell'alto medioevo. La scelta del maestro è significativa: Roberti era in quegli anni lo storico giurista italiano che più e meglio di altri aveva approfondito, nei suoi corsi, il filone dell'influenza esercitata dal cristianesimo nella storia del diritto medievale; il filone che Biondi negli stessi anni andava indagando con riguardo al diritto romano cristiano. E se più tardi il rapporto con Roberti si interruppe, ciò non diminuisce il significato di questo primo indirizzo di avvio agli studi storico-giuridici.

La tesi di laurea venne pubblicata nel 1937 con il titolo di *Episcopalis audientia*. Essa trattava un tema tra i più delicati e controversi, il ruolo cioè del vescovo come giudice civile nel sistema processuale tardo-antico ed altomedievale. La legislazione postclassica, da Costantino a Giustiniano, attribuì infatti una serie di compiti — sussidiari ma fondamentali — proprio ai vescovi in veste di giudici. E l'indagine del giovane studioso (Vismara aveva appena 24 anni nel 1937) affrontava la questione con rigore concettuale e con il ricorso ad un largo spoglio di fonti non solo giuridiche ma anche patristiche. La tesi sostenuta (secondo Vismara il vescovo era abilitato dal legislatore imperiale ad esercitare una vera giurisdizione civile, non un semplice potere arbitrale) fu accolta da molti e respinta da alcuni (tra i quali Edoardo Volterra). Alla fine della vita, quasi sessanta anni più tardi, Vismara riscrisse interamente il libro con il ricorso a nuove fonti e tenendo conto della ricca storiografia fiorita nel frattempo: un'impresa che forse non ha precedenti nella storiografia giuridica. Ma non modificò la tesi di fondo.

Nei tre anni seguenti Giulio Vismara compose quella che resta la sua opera maggiore. La *Storia dei patti successivi*, pubblicata in

due tomi nel 1941, ricostruisce un importante capitolo del diritto privato muovendo dal diritto romano classico e postclassico per incentrarsi poi sulle fonti dell'alto medioevo: le leggi germaniche, la patristica, gli spunti dell'esegesi romanistica, ma soprattutto la prassi dei documenti. Nessuno prima di allora aveva intrapreso, nel tracciare la storia di un istituto, lo spoglio integrale e sistematico della carte private italiane per i secoli dal V al XII. Regione per regione, il secondo tomo dell'opera analizza centinaia di atti di donazione a causa di morte, ricostruendo i formulari dei notai, precisando le specificità e le consuetudini dei singoli luoghi, identificando le radici romane, cristiane, germaniche e le innovazioni medievali di una prassi che ebbe in quei secoli enorme diffusione. La donazione *post mortem*, che molto spesso trasferiva la proprietà del bene donato alla chiesa o al monastero riservandone l'usufrutto al donante sino al momento della morte, assolveva a funzioni di natura spirituale (impegnando l'ente donatario a celebrare messe e a pregare per la salvezza dell'anima del donante) ma rispondeva anche ad esigenze vitali per il donante, in tempi duri e calamitosi in cui la protezione di un grande ente ecclesiastico poteva garantire efficacemente anche la sicurezza materiale dei deboli. L'indagine è condotta sui documenti sino alla ricomparsa del testamento unilaterale e revocabile, avvenuta nel secolo XII con la rinascita del diritto romano e della scienza giuridica bolognese. Si noti che dopo la pubblicazione della monografia sui patti successori (sono trascorsi da allora ben due terzi di secolo) nessun altro studioso, né in Italia né fuori, si è più cimentato in un'impresa di questa natura. Eppure gli istituti giuridici di diritto privato per i quali essa sarebbe tuttora necessaria non mancano certo.

Le vicende della seconda guerra determinarono per alcuni anni il blocco dei concorsi universitari. Ma nel 1947, con il sostegno di storici del diritto di alto profilo (tra i quali anzitutto Besta, Bognetti, Calasso), Vismara ottenne la meritata cattedra, classificandosi al primo posto nella terna. Negli anni della guerra egli aveva lavorato a Milano al fianco di Enrico Besta, che lo aveva accolto nella sala di lavoro di via della Passione, dove allora era allocata la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università statale di Milano. Contemporaneamente egli aveva svolto, per un decennio, l'insegnamento di storia del diritto in sedi diverse, talune non certo agevoli

da raggiungere con i mezzi di trasporto di allora, specie negli anni di guerra: a Parma, a Messina, a Bari, alla Cattolica, ad Urbino. Ad Urbino fu chiamato nel 1947 come titolare e di quella Facoltà giuridica fu poi anche preside. Venivano in quegli anni alla luce le sue ricerche di storia del diritto internazionale: le ricerche sulle limitazioni al commercio internazionale tardo antico e altomedievale del 1947, le indagini sulle relazioni giuridiche tra Bisanzio e l'Islam e quelle sull'*Impium foedus* relative ai rapporti tra Stati cristiani e musulmani, pubblicate nel 1950, costituiscono ancora oggi un contributo fondamentale per la conoscenza delle relazioni internazionali nell'alto medioevo: un campo che Vismara fu tra i primi a dissodare. E così pure veniva pubblicato nel 1946 il suo regesto dei documenti pontifici sull'ordine internazionale ⁽¹⁾, nel quale era posto in evidenza il contributo che nei secoli, dall'età tardo antica al 1304, la Santa Sede ha dato alla risoluzione pacifica delle controversie tra Stati.

Nel 1955 Giulio Vismara venne chiamato a Pavia. I rapporti di amicizia con Gabrio Lombardi e la stima di colleghi eminenti, tra i quali Gino Gorla e Mario Rotondi, resero agevole l'inserimento del nuovo professore nel glorioso ateneo ticinese. In quegli anni Vismara non solo pose le basi per la sezione italianistica dell'Istituto di storia del diritto, ma ottenne da Angelo Verga, professore di diritto commerciale e avvocato a Como, la donazione di un importante fondo di diritto comune che ancor oggi è l'ornamento dell'Istituto di Pavia. I lavori sull'unità della famiglia nella storia del diritto (oggetto della sua prolusione a Pavia) e sulle istituzioni del patriziato nell'età spagnola per la Storia di Milano (1958) aprono ampie prospettive anche per l'intreccio di elementi di storia giuridica con elementi di storia sociale e di storia religiosa.

Vismara aveva una capacità di lavoro eccezionale. Il criterio di raccogliere sui temi da lui studiati la totalità dei documenti disponibili e non solo una selezione di essi, di per sé sempre arbitraria — un criterio che se non erro Vismara fu il primo ad applicare, senza peraltro mai farsene un vanto (egli rifuggiva dalle dichiarazioni metodologiche) e che è a mio avviso di importanza fonamen-

⁽¹⁾ *Acta pontificia iuris gentium usque ad annum MCCCIV*, Milano 1946.

tale per una corretta ricostruzione storica — implicava naturalmente, per le epoche più ricche di fonti, un enorme lavoro di spoglio. Solo una parte delle sue fatiche si è concretata in pubblicazioni, mentre per altri autori e per altre fonti gli spogli da lui compiuti non si sono tradotti in ricerche compiute (penso allo spoglio di autori del tardo diritto comune sui patti successori, a quello delle gride milanesi dell'età spagnola condotto a Pavia, ai documenti lombardi dell'alto medioevo editi dal Porro). Forse anche per questi sforzi accaniti, proseguiti negli anni di guerra in locali scarsamente illuminati, la vista del professore ebbe un calo che non si arrestò più, anche se per molti decenni egli continuò, pur con fatica, a leggere e produrre importanti lavori scientifici (più tardi, fu la signora Lelia e furono le figlie ad aiutarlo amorevolmente in questa fatica). Intanto Vismara attendeva (questo lavoro lo impegnò per anni) alla segreteria di redazione della monumentale storia di Milano avviata per iniziativa di Giovanni Treccani.

All'inizio degli anni Sessanta Gian Piero Bognetti, di un decennio più anziano, volle Vismara al suo fianco a Milano. Ma proprio allora la morte colse prematuramente il grande storico dei Longobardi. La Facoltà milanese della Statale ne raccolse la chiara volontà chiamando nel 1963 Giulio Vismara alla cattedra di Storia del diritto italiano che era stata di Besta e poi di Bognetti. Da allora, per un quarto di secolo, Vismara si dedicò, oltre che all'insegnamento e alla ricerca, all'Istituto di storia del diritto italiano (oggi Istituto di storia del diritto medievale e moderno) del quale egli deve considerarsi il fondatore. Le dotazioni librarie si sono sistematicamente accresciute. Il preziosissimo fondo di opere della Biblioteca del Senato milanese, creato nel Seicento con l'apporto determinante del lascito di Bartolomeo Arese, è stato attentamente catalogato per sua iniziativa da Giuliana Saporì ⁽²⁾ e restaurato dopo i gravi danni arrecati dalle bombe nel 1943. Dal 1964 (chi scrive era frattanto divenuto suo assistente a Milano) ha avuto inizio la sistematica raccolta dei microfilms dei manoscritti dei Glossatori dispersi nelle biblioteche europee, poi estesa ai Commentatori e al diritto canonico

⁽²⁾ G. SAPORÌ, *Antichi testi giuridici dell'istituto di storia del diritto italiano (secoli XV-XVIII)*, introduzione di G. VISMARA, Milano 1977, 2 volumi.

medievale: una raccolta che oggi non l'eguale e che ha superato le 3000 unità. Ad essa si sono aggiunte negli anni Settanta le raccolte degli statuti lombardi, quelle delle edizioni di diritto comune e dei lavori preparatori dei Codici, sempre in microfilm, nonché la bibliografia degli articoli di storia del diritto contenuti in centinaia di riviste e di pubblicazioni storiche e giuridiche. Nel 1972, per iniziativa di Vismara, l'Istituto si trasferiva dai due locali (più corridoio) del settore aule alla nobile ala del Filarete di via Festa del Perdono, dove tuttora ha la sua sede. La grande stima che per lui avevano, tra gli altri, gli illustri colleghi milanesi Giacomo Delitala e Cesare Grassetti gli consentirono di ottenere questi ed altri risultati. Vismara era in Istituto tutti i giorni, per molti anni mattina e pomeriggio. E riceveva gli studenti sempre, senza orari di ricevimento: li ascoltava, li interrogava, si interessava ai loro problemi, li seguiva anche dopo la laurea. Ed io ricordo bene lo stupore ed anche l'affetto degli studenti per questa costante disponibilità del professore, del tutto inusuale non solo tra i professori diritto.

Vismara proseguiva in questi anni, anche se con crescenti difficoltà di vista, le sue ricerche scientifiche. Il filone dei patti successivi veniva proseguito per l'età del diritto comune classico con l'esame approfondito del pensiero di Jacques de Révigny, di Bartolo e di Baldo degli Ubaldi. Le ricerche internazionalistiche davano frutti nel quadro delle Settimane del Centro di studi sull'Alto Medioevo di Spoleto, del quale Vismara fu componente attivo per un ventennio, con gli scritti sulla guerra nell'alto medioevo (1968) e sul diritto del mare (1978). Contemporaneamente egli proseguiva nello studio delle fonti altomedievali con lo scritto del 1966 (che considero uno tra i più significativi usciti dalla sua penna) su *Cristianesimo e legislazioni germaniche*, ove il ruolo vivificante della religione cristiana nel diritto è colto con particolare finezza. Il metodo di analisi esaustiva dei testi dava anche qui frutti importanti. Un ulteriore campo di indagine veniva da lui aperto con l'ampio studio sulle problematiche giuridiche del castello medievale, del 1972. Ancora il diritto privato attraeva lo studioso con scritti molto significativi sulla permuta nei documenti altomedievali (in cui tra l'altro viene provata la ripresa di formule tratte dai testi romani ben prima della rinascita bolognese, nonché l'interessantissima migrazione di moduli civilistici e canonistici dalla Provenza all'Italia sin dal secolo

X, attraverso i contatti tra monasteri). Altri scritti riguardano i rapporti di famiglia nei documenti lombardi e nel Ticino, ancora per l'alto medioevo. In questi anni Vismara coordinava anche, con Alfredo Bosio, la vasta storia della Brianza in cinque volumi.

Un articolo di Pietro Rasi aveva revocato in dubbio, nel 1953, la tradizionale attribuzione dell'Editto di Teodorico al re degli Ostrogoti. Poco più tardi Vismara riprese il tema e giunse a conclusione che l'Editto andasse attribuito ad un altro sovrano di eguale nome, il re dei Visigoti Teodorico II e dunque alla Gallia degli anni 453-456 d.C.. Al testo dell'Editto Vismara dedicò negli anni seguenti una serie di ricerche approfondite, che si concretarono in un corposo volume — edito nel 1967 e compiutamente rielaborato nel 1987 — nel quale ognuno dei 55 capitoli dell'Editto è stato studiato con riferimento alle fonti teodosiane, ai documenti e alle testimonianze coeve, a cominciare dalle *Variae* di Cassiodoro, dalle quali lo studioso trasse una messe di spunti che attestano differenze significative tra il diritto dell'Italia ostrogota e le norme edittali teodoriciane: la tesi dell'origine visigotica venne perciò confermata. A questa sua opera Vismara era particolarmente affezionato, tanto da trattare con brusca e in lui inusuale severità chi, tra gli studiosi, non condivideva (a mio avviso a torto) la sua argomentata e magistrale ricostruzione.

Negli anni milanesi Vismara diede l'avvio alla scuola che ancora oggi da lui prende il nome. Se a Pavia si era laureato nel 1961 chi scrive e poco dopo il compianto Adriano Cavanna, fu un decennio più tardi che questi suoi due primi allievi giunsero alla libera docenza e poi alla cattedra. Seguirono, negli anni seguenti, il compianto Angelo Ara, di recente scomparso (il quale si dedicò in seguito alla storia moderna), e poi, nel tempo, Gigliola di Renzo Villata, Gian Paolo Massetto, Maria Carla Zorzoli, Claudia Storti, Alberto Sciumè, Cristina Danusso. Dopo un avvio non facile — nel 1970 Vismara dovette affrontare una combattuta sessione concorsuale per ottenere l'ingresso nella terna del suo primo allievo — i colleghi di materia, che ne avevano sottovalutato l'energia e la determinazione, si convinsero definitivamente che di questo professore, mite nel tratto ma fermo e solidamente documentato nelle argomentazioni, si doveva tenere il giusto conto. E i concorsi successivi videro la riuscita dei suoi allievi. Oggi la 'scuola di Vismara', tra

allievi di prima e di seconda generazione (gli allievi degli allievi), conta circa un quinto dei professori ordinari italiani di storia del diritto medievale e moderno.

Vismara era un maestro ideale. Nel senso che seguiva passo per passo il cammino dei suoi allievi, pronto ad accogliere i temi da loro suggeriti (per chi scrive questa è stata sempre la regola, sin dalla scelta della tesi di laurea), ma pronto anche a indicare egli stesso l'oggetto della ricerca. Controllava con scrupolo ogni pagina a lui sottoposta (lo faceva anche per le tesi di laurea), correggeva errori e ingenuità, ma lasciava piena autonomia quanto alle argomentazioni e al taglio dei lavori. Era in ciò veramente liberale. La signorilità e la cortesia con le quali invariabilmente trattava l'allievo, anche il più inesperto, e la disponibilità con la quale ascoltava i giovani provenienti da altre scuole non mancavano mai di stupire, perché facile era per noi e per loro il confronto con i modi sovente bruschi o baronali propri di altri celebrati maestri della sua generazione. Da ciò nasceva nei ricercatori un rispetto genuino che si prolungava nel tempo, anche ben dopo che il giovane era a sua volta asceso alla cattedra.

Nel corso degli anni il prestigio anche internazionale di Giulio Vismara era costantemente cresciuto. Al rapporto con gli studiosi stranieri egli dedicava molta cura, come in tutte le cose delle quali si occupava. Si creò così un rapporto di vera e cordiale colleganza scientifica con studiosi di rilievo europeo, quali Stephan Kuttner, Helmut Coing, Alvaro d'Ors, Paul Ourliac, Jean Imbert, Olivier Guillot, François Ganshof, André Gouron, per limitarci a pochi nomi. In particolare con la Francia ebbe legami molteplici e profondi, partecipando regolarmente alle Journées della Société d'Histoire du droit (della quale ricoprì sino all'ultimo la carica di vicepresidente) e ricevendo ben cinque lauree ad honorem conferitegli dalle università di Montpellier, Lione, Tolosa, Paris V, cui si aggiunse quella di Zurigo. Agli studiosi di Francia lo legava non solo un rapporto di stima scientifica ma anche un'affinità di idee e di valori che non aveva paralleli se non con pochissimi colleghi del nostro paese.

La sua operosità non venne meno neppure dopo l'andata a riposo. Rifiutò con garbo, ma con fermezza, il consenso ad una raccolta di studi in suo onore, che certo avrebbero raccolto un'amplis-

sima partecipazione. E noi allievi trovammo allora l'escamotage di predisporre per i suoi ottanta anni un volume monografico di storia del diritto milanese ⁽³⁾ che gli presentammo di sorpresa una sera del 1986 (e che gradì molto). Invece volle curare egli stesso la raccolta sistematica dei suoi lavori. E così videro la luce, tra il 1986 e il 1989, ben sette volumi, sapientemente ripartiti per temi e accompagnati dagli utilissimi indici delle fonti: l'opera che Adriano Cavanaugh designò, in un'attenta rassegna, « il castello delle sette torri ». Ad essi si aggiunsero negli anni seguenti il rifacimento della monografia giovanile sulla giurisdizione del vescovo ⁽⁴⁾, già menzionata, la ristampa con gli indici della Storia dei patti successivi (1986), la raccolta dei necrologi e delle recensioni, infine gli altri scritti di storia del diritto altomedievale. Un complesso di ben undici volumi, al quale la sua fama è ormai saldamente affidata anche per l'avvenire ⁽⁵⁾.

L'opera di Giulio Vismara si può caratterizzare, crediamo, in base ad una cifra di fondo unica e precisa, che si ritrova costantemente nei suoi scritti. Che si tratti di donazioni a causa di morte o di giustizia del vescovo, di rapporti internazionali o di storia della famiglia, di successioni o di leggi altomedievali, di permuta o di patriziato, Vismara pone al centro del suo interesse il rapporto tra il mondo del diritto e la sfera della religione cristiana. Quanto abbiano pesato i precetti della fede nel configurarsi delle norme, delle dottrine e della prassi, quali siano stati i freni che i legami di sangue e l'orgoglio di stirpe o di ceto hanno imposto all'affermazione di quei precetti e di quei valori nella concreta vita del diritto: ecco il filo segreto che lega tra loro, se non tutti, certo la maggior parte dei suoi lavori scientifici, sempre condotti con la più scrupolosa acribia storica e metodologica.

⁽³⁾ *Ius Mediolani, Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano 1986.

⁽⁴⁾ G. VISMARA, *La giurisdizione civile dei vescovi (secoli I-IX)*, Milano 1995.

⁽⁵⁾ Indichiamo qui i titoli dei nove volumi pubblicati a Milano dall'editore Giuffrè: Giulio VISMARA, *Scritti di storia giuridica*, 1. *Fonti del diritto nei regni germanici* (1987); 2. *La vita del diritto negli atti privati medievali* (1987); 3. *Istituzioni lombarde* (1987); 4. *La disciplina giuridica del castello medievale* (1988); 5. *La famiglia* (1988); 6. *Le successioni ereditarie* (1988); 7. *Comunità e diritto internazionale* (1989); 8. *Ricerche incontri letture* (1996); 9. *Tra antichità e medioevo* (2000).

Giulio Vismara è stato un uomo di fede cristiana salda e profonda, condivisa con la diletta consorte e trasmessa ai suoi figli. Egli ha visto anche il diritto italiano, nella sua vicenda bimillenaria, come la manifesta presenza nella storia di questa realtà spirituale sempre viva, anche quando apparentemente assente o negata. Nessun altro storico del diritto ha perseguito con altrettanta coerenza e fedeltà un tale alto programma di ricerca, che si è protratto senza interruzione per due terzi di secolo. Anche per questo egli non sarà dimenticato.

PIETRO COSTA, <i>Pagina introduttiva</i>	pag. 1
 MODELLI E DIMENSIONI	
FRANCESCO SAVERIO NISIO, <i>Metamorfosi di Bourdieu. La mistica, il diritto, la storia</i>	9
 LA DIMENSIONE GIURIDICA	
ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, <i>Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro</i>	59
PAOLO GROSSI, <i>Code Civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica</i> .	83
LUCIEN JAUME, <i>Le Code civil avait-il pour finalité de terminer la Révolution française?</i>	115
ANDREA LANDI, <i>La grande storia in una piccola terra. Profili giuridici della Restaurazione nel Ducato di Massa e Carrara</i>	143
DAG MICHALSEN, <i>Ideologies of Roman Law in Norwegian and English Legal Science in 19th Century</i>	225
CARLOS PETIT, <i>Revistas españolas y legislación extranjera. El hueco del derecho comparado</i>	255
RICARDO MARCELO FONSECA, <i>Os Juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX</i>	339
FRANCESCO MARIA TEDESCO, <i>L'impero latino e l'idea di Europa. Riflessioni a partire da un testo (parzialmente) inedito di Alexandre Kojève</i>	373
VALERIO MAROTTA, <i>Cittadinanza imperiale romana e britannica: le riflessioni di James Bryce</i>	403
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Bioko, 1837-1876: Constitucionalismo de Europa en África, Derecho Internacional Consuetudinario del Trabajo Mediante</i>	429
ESTEBAN CONDE NARANJO, <i>Libros de policía, policía de libros. España, 1800</i>	557
 FIGURE DELL'ESPERIENZA	
CARLOTTA LATINI, « <i>L'araba fenice</i> ». <i>Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento</i>	595

DOMENICO SICILIANO, <i>Per una genealogia del diritto alla legittima difesa: da Carrara ai Rocco</i>	723
MASSIMILIANO GREGORIO, <i>Quale Costituzione? Le interpretazioni della giurispubblicistica nell'immediato dopoguerra</i>	849

LETTURE

P. CARONI, <i>Die Einsamkeit des Rechtshistorikers</i> (P. Costa)	917
S. DE DIOS, J. INFANTE, E. TORIJANO (coords.), <i>El Derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX)</i> (J.M. Vallejo García-Hevia)	922
M. J. MARÍA E IZQUIERDO, <i>Las fuentes del Ordenamiento de Montalvo</i> (Adela Mora)	966

A PROPOSITO DI...

ANDREA BORTOLUZZI, <i>La globalizzazione nello spettro del diritto?</i> (a proposito di un libro di Francesco Galgano su globalizzazione e diritto)	975
ALBERTO GARGANI, <i>Diritto penale e verità morale. Una teleologia della 'vita sociale'</i> (a proposito delle <i>Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale</i> di Aldo Moro)	997
PAOLO GROSSI, <i>Un saluto alla giovane storiografia giuridica brasiliana</i> (a proposito di Laura Beck Varela, <i>Das Sesmarías à Propriedade moderna: Um Estudo de Historia do Direito Brasileiro</i>)	1037
PAOLO GROSSI, <i>Il volto attuale dell'illecito penale</i> (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)	1043
LUCA NOGLER, <i>La controversa storia giuridica del fenomeno del « conflitto collettivo »</i> (A proposito di <i>Arbeitskampf. Geschichte - Recht - Gegenwart</i> di Michael Kittner)	1059

STRUMENTI

FRANCESCO SAVERIO NISIO, <i>Bibliografia di Pierre Bourdieu (1930-2002)</i>	1075
---	------

RAGGUAGLI FIORENTINI

<i>Attività del Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 2004-2005</i>	1101
VITO PIERGIOVANNI, <i>Ricordo di Mario Da Passano</i>	1103
ANTONIO PADOA SCHIOPPA, <i>Ricordo di Giulio Vismara</i>	1107

I collaboratori del « Quaderno » 35

Francesco Saverio NISIO

Prof. Associato di Sociologia del diritto - Università di Foggia

António Manuel HESPANHA

Catedrático de História de direito - Universidade Nova de Lisboa

Paolo GROSSI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

Lucien JAUME

Directeur de recherche CNRS au Cevipof

Andrea LANDI

Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Pisa

Dag MICHALSEN

Professor i Rettshistorie - Universitet i Oslo

Carlos PETIT

Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Huelva

Ricardo Marcelo FONSECA

Prof. Adjunto de História de direito - Universidade Federal do Paraná, Curitiba

Francescomaria TEDESCO

Dottore di ricerca in Teoria e storia del diritto - Università di Firenze

Valerio MAROTTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto romano - Università di Pavia

Bartolomé CLAVERO

Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

Esteban CONDE NARANJO

Prof. Asociado de Historia del derecho - Universidad de Huelva

Carlotta LATINI

Ricercatrice di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Macerata

Domenico SICILIANO

Ricercatore di Filosofia del diritto - Università di Firenze

Massimiliano GREGORIO

Ricercatore assegnista di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

Pietro COSTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

José María VALLEJO GARCÍA-HEVIA

Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones - Universidad de Castilla-La Mancha

Adela MORA

Catedrática de Historia del Derecho - Universidad Carlos III de Madrid

Andrea BORTOLUZZI

Notaio in Varese

Alberto GARGANI

Prof. Associato di Diritto penale - Università di Pisa

Luca NOGLER

Prof. Ordinario di Diritto del lavoro - Università di Trento

Vito PIERGIOVANNI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Genova

Antonio PADOA SCHIOPPA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Milano