

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

37
(2008)



GIUFFRÈ EDITORE

PIETRO COSTA

PAGINA INTRODUTTIVA

Il 37° volume dei « Quaderni Fiorentini » ha un carattere miscellaneo; e tuttavia è facile accorgersi dell'esistenza di convergenze che si sono venute sviluppando in modo tanto casuale quanto felice.

Assume un particolare rilievo, nell'economia di questo 'Quaderno', il riferimento ai singoli protagonisti di una riflessione che coinvolge, a diverso titolo, l'esperienza giuridica: da Ockham a Las Casas, da Villey a Foucault, da Calamandrei a Bettiol, a Pigliaru, a Giannini, a Schmitt; sono questi i nomi dei filosofi e giuristi che ricorrono nei titoli dei saggi che compongono il 'Quaderno'. È ovviamente diverso l'approccio volta a volta seguito, sono diverse le strategie ermeneutiche impiegate, ma è condivisa l'aspettativa che risultati storiograficamente importanti possono essere conseguiti proprio dalla ricostruzione analitica di uno specifico percorso intellettuale.

Sembra che il 'Quaderno' offra, da questo punto di vista, una conferma 'oggettiva' (e involontaria) dell'intervento di Italo Biocchi, che, commentando varie iniziative europee impegnate sul fronte delle 'biografie dei giuristi', auspica, anche per l'Italia, un'iniziativa analoga; nella convinzione che intendere storicamente la personalità e la riflessione di un giurista costituisca un'importante via di accesso alla « comprensione delle dottrine e degli istituti giuridici, alla considerazione delle forme e della vita delle istituzioni ».

Fra le personalità studiate nel 'Quaderno' emerge con particolare evidenza la figura di Michel Villey. A Villey è dedicato il saggio di Francesco Saverio Nisio, che ci offre un'immagine inedita, non convenzionale e prevedibile, del filosofo francese: dimostrando

come il suo pensiero, pur rimanendo fedele, nella sua principale ispirazione, al lascito della tradizione aristotelica e tomistica, è in realtà molto più variegato e inquieto, impegnato in un serrato confronto con Spinoza, sensibile alla dimensione della 'intuizione' e al fascino della 'mistica'.

Il nome di Villey è presente anche nel saggio di Leonardo Marchettoni, dedicato a Ockham e al problema delle origini della nozione di 'diritto soggettivo'. Il riferimento a Villey non è ovviamente casuale o periferico, data l'originalità e la forza della sua famosa rivendicazione della 'modernità' di Ockham (presentato come il primo responsabile del protagonismo del soggetto-di-diritti); anche se Marchettoni perviene a una conclusione diversa, che dubita della possibilità di ritrovare in Ockham l'idea di un diritto soggettivo che escluda la visione di un ordine soggiacente ed esprima l'assoluto primato della volontà individuale.

Il tema dei diritti è a sua volta al centro del contributo di Luca Baccelli, dedicato al dibattito sviluppatosi nella Spagna del Cinquecento intorno ai due (connessi) problemi della legittimità della conquista spagnola delle Americhe e dello statuto giuridico dei nativi. È attraverso le voci (collegate, ma inconfondibili) di Vitoria e di Las Casas che Baccelli si interroga sulle modalità storico-culturali del (traumatico) rapporto che l'Europa instaura con il Nuovo Mondo.

È ancora un filosofo — Michel Foucault — a essere presente nel nostro 'Quaderno' con il commento dedicato da Ernesto De Cristofaro (nella sezione 'A proposito di...') ai celebri Corsi al *Collège de France* e incentrato sulla nozione di 'governo' e di 'governamentalità': forse una delle più felici intuizioni foucaultiane, che attendono ancora di essere approfondite e applicate in tutta la loro portata sul terreno dell'indagine storico-giuridica.

In una posizione in qualche modo intermedia fra i filosofi e i giuristi si colloca Antonio Pigliaru, docente di Dottrina dello Stato a Sassari, influenzato da una delle più singolari figure della filosofia giuridica italiana: Giuseppe Capograssi. Paolo Carta ricostruisce la complessa personalità di Pigliaru, capace di offrire — con la sua analisi della 'vendetta barbaricina' — un'originale conferma della teoria romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici e al contempo di sviluppare una feconda riflessione sul lascito culturale di Antonio Gramsci.

Accanto ai filosofi (e ai filosofi del diritto) compaiono nel ‘Quaderno’ i giuristi: tutti appartenenti al medesimo secolo — il Novecento — ma impegnati in aree diverse del sapere giuridico. Bracci e Calamandrei sono i protagonisti del saggio di Giulio Cianferotti, che attraverso un’analisi ravvicinata dei loro interventi mette a fuoco un problema particolarmente delicato e complesso nell’Italia del tardo fascismo: il problema della certezza del diritto. Questo problema, che nel precedente ‘Quaderno’ era stato affrontato dal punto di vista della storia della penalistica, trova, nel presente ‘Quaderno’, una sua ideale prosecuzione sul terreno della civilistica.

Un’altra occasione per continuare il discorso iniziato nel ‘Quaderno’ 2007 è offerta dal contributo di Giorgio Marinucci. È ancora alla figura di un giurista — Giuseppe Bettiol, un protagonista della penalistica italiana del Novecento — che il saggio è dedicato; al contempo però il tema messo a fuoco è il principio di legalità: un principio difeso intransigentemente da Bettiol, come dimostra l’appassionato saggio di Marinucci, contro gli attacchi della penalistica nazionalsocialista.

A un maestro del sapere amministrativistico — Massimo Severo Giannini — si rivolge il saggio di Marco Passaniti: oggetto della sua rigorosa ricostruzione è una delicata nozione — la nozione di ‘discrezionalità’ — studiata nelle opere giovanili di Giannini e opportunamente collegata con i problemi dell’interpretazione giuridica (cui non a caso il giovane giurista aveva dedicato un apposito saggio).

A una ricognizione attenta del *magnum opus* schmittiano — *Il nomos della terra* — attende Stefano Pietropaoli: attraverso il suo saggio il lettore è in grado di ripercorrere criticamente l’itinerario che conduce il giurista tedesco alla teorizzazione di uno *ius publicum europaeum* e alla celebrazione di una guerra ‘non discriminatoria’.

I contributi dedicati alla riflessione di singoli filosofi e giuristi sono — come dicevo — numerosi nel ‘Quaderno’ 37° ma non ne esauriscono il contenuto. Accanto a essi, alcuni saggi a carattere tematico affrontano problematiche importanti e originali. Beatrice Pasciuta studia il problema della rappresentanza processuale; un problema che raccoglie, nello specifico settore della dottrina processualistica, le suggestioni (e le complessità) caratteristiche della

riflessione ecclesiologica e canonistica. Ancora sul tema (estremamente complesso e diversificato) dell'‘agire per gli altri’ si sofferma Bernardo Sordi, che ne analizza la declinazione amministrativistica ripercorrendo le grandi tappe della statualità moderna. Ezequiel Abásolo illustra un delicato processo di passaggio — di ‘modernizzazione’ — che ha luogo in Paraguay fra gli anni Quaranta e gli anni Settanta dell'Ottocento: dimostrando le ostinate persistenze dell'‘antico’ — il ‘diritto indiano’ legato allo *ius commune* — entro un contesto che la ‘dittatura liberale’ dei López vorrebbe ormai dominato da un ‘moderno’ sistema delle fonti. Paolo Passaniti infine ci offre uno spaccato suggestivo di una realtà di grande rilievo socio-giuridico e tuttavia ancora insufficientemente indagata — il lavoro domestico — dimostrandone la persistente refrattarietà ad aprirsi a quel ‘linguaggio dei diritti’ capace di imporre le proprie regole ad altri settori della società.

Se dunque è sulla falsariga di un'analisi ravvicinata di giuristi e di istituti giuridici che si sviluppa il ‘Quaderno’, i saggi che lo aprono e lo concludono — da un lato, lo scritto di Bartolomé Clavero e, dall'altro lato, i testi di Paulo Ferreira da Cunha e di Michael Stolleis — si pongono su un piano diverso e, per quanto caratterizzati da strutture e finalità incomparabili, condividono l'obiettivo di offrire al lettore una prospettiva di carattere generale, di grande respiro.

Il testo di Clavero riproduce il discorso di apertura del XIII *European Forum of Young Legal Historians*, tenutosi a Siviglia nel settembre 2007, e contiene un appassionato invito a un *sapere aude* storico-giuridico; un invito a rifiutare un uso strumentale della storia (una storia *ancilla iuris*, che si risolve, come egli scrive, in una cattiva storiografia e in una cattiva giurisprudenza), a cogliere nella storia il fascino della diversità rispetto alla tirannia del presente; e un invito al contempo a dilatare lo spazio dell'indagine, a moltiplicare le esperienze, a sottrarsi ai vincoli di un acritico eurocentrismo.

I saggi di Paulo Ferreira da Cunha e di Michael Stolleis assumono invece come oggetto della loro riflessione la ‘complessità’ dell'esperienza giuridica contemporanea. Il primo accompagna il lettore nel labirinto della cultura giuridica odierna, moltiplicando sapientemente le categorie e le distinzioni, ma al contempo esortando a tener presente la connessione fra l'obiettivo dell'emancipa-

zione umana e la dinamica dell'ordinamento. Il secondo richiama l'attenzione sui radicali mutamenti che investono la struttura e la rappresentazione dell'ordine giuridico; un ordine plurale ed eterogeneo, che si sta rapidamente allontanando dalle 'grandi certezze' (la sovranità dello Stato, l'omogeneità della nazione, l'eguaglianza dei soggetti) che avevano caratterizzato la modernità.

Modelli e dimensioni

BARTOLOMÉ CLAVERO

HISTORIES AND MEMORIES, CULTURES AND ETHICS (1)

Good day to everybody. Let me welcome all of you to Seville. Here you are, ready to hold your meeting on *Crossing Legal Cultures*, the critical subject of the thirteenth conference of the European Forum of Young Legal Historians, the first one to take place in a University located in Southern Europe. So let me welcome you to Southern Europe, which is close to the non-European world and therefore whence bridges for crossing legal cultures may be more easily built.

This is your forum, the young legal historians' forum. As a senior guy, I am not entitled to give any presentation or take part in the debates. Only upon your invitation may I have the floor for the inauguration address. First of all, let me thank all of you for this privilege of speaking about legal history in a juniors' forum, before people who have resolved to become experts in legal history and can still determine what kind of legal history is worth being produced — both researched and taught — as a personal commitment. Perhaps our experience — seniors' experience — may help you. The best I can do just on this occasion as a response to your invitation is to talk a little bit about my personal experience.

For senior people, experience is, first of all, memory. Let me recall without any nostalgia (« Youth divine treasure, you leave and never return [...] », thus spoke the poet, not the man); with no melancholy at all for the times of my early life were hard and mean, undoubtedly worse than they are today. Let me remember my youth as a fresh legal historian in times of trouble.

(1) Address to the XIII European Forum of Young Legal Historians, Seville, EU, September 5, 2007.

Over thirty years ago, in the summer of 1975, just around this same time, a seminar was held nearby, in the former University of La Rábida, now the International University of Andalusia, on purposes and methods, abilities and undertakings, ends and means of the so-called basic legal sciences — the legal sciences other than the practical or so-called positive ones — and thus on purposes and methods, abilities and undertakings, ends and means of legal history along with legal philosophy, Roman law, and a surrogate of constitutional law. As we were under a dictatorship, that of the late general Franco, constitutional law wasn't at the time a practical or positive legal branch in Spain. It wasn't even called constitutional but political law instead.

We, the then juniors, were summoned there in La Rábida to listen to the seniors and so learn from them. In principle, that seminar had nothing to do with the kind of meeting you are about to hold on this occasion, but something happened that changed the agenda. Franco, the Spanish dictator, was seriously ill and the dictatorship moved onto the defensive. This summer of 1975 a counterterrorist legislation no less terrorist than terrorism itself was set into force and this became a burning issue inside and outside the meeting room of our seminar. I have never forgotten which seniors and juniors — a minority to be sure — supported this outrageous legislation in the debate it prompted there in La Rábida.

The case was that policy triggered participation and the juniors abandoned their scheduled role as passive recipients for seniors' science. The dictatorship's end did not seem as clearly to hand as it actually was, but anyway, beyond doubt, the times they were a-changing here in Spain over thirty years ago. A small number of the seniors and most of the juniors attending La Rábida seminar were eager to converse not just about policy but also law as the subject matter of our research and teaching. We discussed the future in general and that of our scholarly profession — about the purpose and method, ends and means of legal history in the case. So the meeting evolved into a permanent debate inside and outside the meeting room among most of the juniors in the presence of the seniors and with the help of some, only some of the latter.

Francisco Tomás y Valiente was one of the seniors who addressed us and furthermore he entered into the whole debate on an

equal footing with us, the juniors. Then, he was a plain legal historian, the legal history chair in the University of Salamanca. Later, when times changed, he would become Chief Justice and thus a reputable expert not just on the history of constitutional and criminal law but also law itself. He distinguished himself by showing full support for the abolition of any kind of abuse through law, including the death penalty (the last death sentences had been executed in 1974). In 1996, he was shot to death in his school office by a gunman belonging to ETA. Tomás y Valiente is one of the eight hundred and thirty four people killed by ETA since 1968 up to now, the summer of 2007. In euskera, the Basque language, ETA stands for *Euskadi ta Askatasuna*, Basque Homeland and Freedom, which the terrorist application pretends still to mean. Yet meaning stems not just from language but also politics and, most of all, ethics. Heed this because it concerns my point here.

Tomás y Valiente's presentation in the 1975 La Rábida seminar was someway related to his later positions. He openly advocated a kind of legal history that could be of significant help by looking at the present as for the selection of issues and even the focus of research. He exemplified his proposal with his own work. If he had studied torture as a judicial procedure in the *Ancien Régime*, it was because he was concerned with the underground practice of torture in our present times, no need to mention Franco's regime. If he was interested in historical forms of misgovernment, like that of the *Validos* or irregular premiers as favourites of the Spanish Hapsburg monarchs, it was due to his concern with present arbitrary regimes, no need ever to mention that of the dictator Franco. And so on. He even repudiated his early work because, by tackling exclusive historical issues, it was not helpful at all for the present.

There is no transcription of the debate with the published proceedings, but I clearly remember since it kept evolving for years after. I frankly disagreed with Tomás y Valiente by arguing that it is not advisable to link history and policy so directly. Of course I thought that history might help somehow but in a completely different way. I contended my preference for a kind of history which could show the strangeness and otherness of the past in order to shed some light on the transience and precariousness of the present. Legal history ought to focus on the *Ancien Régime* law not

as it might regard the present but by itself, for the sake of the past with all its insurmountable peculiarities, so that we could become conscious of the profound revolution that was needed to bring about the present and the different revolution then necessary to beget the future. In sum, history could illuminate the otherness of the past so as to bring the otherness of the future into sight. That was what I thought and what I said.

We — Tomás y Valiente and I — argued then and kept arguing after. To hold a debate you have to share some middle ground on which to be able to discuss. For that matter, we, both of us, had two basic points in common. First, we thought that history ought not to be primarily researched on behalf of either the present or the future but by itself according to the historians' demanding rules for obtaining evidence through the collection and scrutiny of sources specific for the issue and sufficient as for the context. History ought to be consistent so as to be helpful out of time too. Bad history is good for nothing or at least nothing sound. Thus we agreed that history by itself makes sense as far as good history goes by itself beyond its time of reference, towards either the present or the future.

Secondly, we, both of us, agreed that the usual lawyers' history construed from the present to help the present is completely useless as history and seriously biased as law. It was, you know, the usual history of Roman law and all its more or less nationalistic cognates coming from the nineteenth century. Regarding this, we could paraphrase the famous dictum from Maitland at the end of that century: « If we make historical research the servant of given law, it ceases to be history right away » (Maitland more cautiously said: « If we try to make history the handmaid of dogma she will soon cease to be history »). No question about this. We were not interested in the serviceable kind of lawyers' history because it turns out to substitute history for law — bad history for bad law besides.

We expressed our common ground in different ways, characterizing the history of law, he as a historical science and I as a legal one, yet we agreed about outright rejection of lawyers' history and the vindication of historians' history in the very legal field on behalf of the law itself. We argued about the means and the extent of linking the present of our experience and the past of our research.

Should we select the topics to be studied bearing in mind their importance for the present? He said yes; I said no. I contended that we should tackle the more exotic topics in history as they might be the most significant ones for a different society — that of the past — and in this way open our minds for the necessary difference of the future. Should we ever be mindful of the problems of the present when studying those of the past? He said yes and I said no. I thought that there was a risk that this would blinker our minds regarding the future.

He was concerned about how to bring about a better present and I about how to achieve a different future. This made a big difference because the present was there and the future wasn't anywhere. In practice I was the one who called for a history by itself, yet under the argument that it is most advisable to know a different social system, that of past Europe, so as to be able to imagine further differences, those of the European future. Or rather I would say past Spain and the Spanish future. Then, in the mid-seventies, we were all still imprisoned in the nationalistic kind of legal history. If we, juniors, visited Germany or Italy, Frankfurt am Main or Florence upon Arno for instance, it was to excel as experts in the history of Spanish Law rather than to open further horizons.

Now that time has passed, times have a-changed, and he, Francisco Tomás y Valiente, is gone or rather snatched from life, what can I say about our long-lasting dispute? Well, now I think that he was right and I wasn't wrong. He was right yet I was not wrong.

He was right. My agreement now would be broader. Let me put Tomás y Valiente's stance in the nowadays language of historiographical debates. It would qualify as an example of the ethical turn, the intellectual trend and scientific practice that characterizes history as « the project of working through the past in the interest of the living » and consequently highlights « historian's obligations to the living on behalf of the dead », all this on the grounds of the demanding rules of historical research with appropriate sources, a set of rules never able to reach an indisputable, absolute truth but sufficient to find out and get to know what may be of interest to our present requirements.

Therefore history has a twofold responsibility toward the present, that of being reliable and that of being helpful, neither be-

ing absolutely truthful, neither becoming the manifestation of an absolute truth about the past. There is no such thing as scientific history (as a junior and a good Marxist-non-Leninist, I faithfully believed in History with the capital letter but let me think I know better as a senior and still a committed citizen). There is no such thing as historical research capable of achieving definitive results uncontaminated by researchers' approach. You would do well to begin research by checking your background.

In the previous paragraphs I am specifically drawing on and quoting from Dominick LaCapra, whose approach to history as an intellectual endeavour on ethical grounds constitutes his personal answer to an existential question: « How can history be not simply a profession but a vocation? » or how the historian can be not just a good scholar but also a good citizen as a very expert, not as a capacity apart. The challenge is currently so pointed that three years ago the journal *History and Theory* hit its all time record of submissions when a call for papers on *Historians and Ethics* was posted on its website.

Needless to say, history ethics involve concerns other than those considered by the current codes of conduct for historians specifically or scholars in general. For instance, the former come up against unbalanced narratives that disparage alien cultures and advocate new rights such as the dead people's entitlement to due process by history. However, the latter — the current codes, the codes in force, so to speak — come up against flagrant plagiarisms that breach copyrights and are mainly concerned with scholars' professional and economic interests. Some topics may overlap — for instance, 'thou shalt not steal' — yet they do not stand for the same ethics at all.

Be mindful rather of the former, the as yet unusual ethics. Pay heed to the existential question and the ethical answer conveyed by LaCapra. You can extend both of them to all the branches of learning in the social sciences. By no means do they exclusively concern history, this despite most historians' reluctance or even opposition. Today the ethical turn is instead handled mostly by linguistic, literary, and cultural studies. In any case, the theme of the XII European Forum of Young Legal Historians, the previous one, had to do with this. This last conference of yours was dedicated to

Erinnern und Vergessen, the ethics, in the end, of legal history between remembrance and oblivion.

As for young and old legal history, since the ethical turn elaborates what he stood for, Tomás y Valiente would agree with both the query about our vocational profession and the reply concerning its ethical burden. Under the ethical turn, legal history might even happen to be an applied science, which would please Tomás y Valiente mostly after his tenure as Chief Justice and consequent return to a chair of legal history in a law school, not plain history in a humanities department or anywhere of that ilk. Site, legal site rather than any other, was of consequence for him.

He was right and I was not wrong, yet I'm not confident whether not being wrong is the same as being right too. Let me explain myself. I argued for a history focused on the knowledge of the past as such, with all its strangeness, so as to learn about human differences. To put it in the terms of the ethical turn, the awareness and knowledge of radical human differences — differences between not just persons but also cultures or peoples in the plural — would be likewise an ethical requirement whose challenge history and especially legal history might help to face. Historical knowledge makes ethical sense not just as a contribution to our ethics in our present but also as an access to alien ethics and presents all in the plural; in terms then of disputable, transitory, relative truths, as an access to the truths of others — cultures or peoples and not exclusively persons — so as to enable us to reach a middle and common ground, the very human truths, the most widely shared truths.

Today, at this point, I know that I articulated my position very poorly, so poorly that I would reject it today. The difference I referred to was not such a key difference. It was our own difference, the difference of our own past for the sake of our own future all in the singular, the possessive *our* meaning culturally European people's, so to speak. Does that difference make any difference at all? The European past as a different past that I spoke of was in fact Christian Law, both Catholic and Protestant, not even Orthodox Christian Law, let alone Jewish Law or Islamic Law with all their respective variants. I did not even identify past European Law as Christian Law to make room for the others, but it was deemed as European Law by itself, period.

Of course, I was not alone in such a vain presumption. Remember the date, 1975. During the sixties and early seventies of the last century, legal history had experienced major pushes for renewal through Europe, mainly coming from Frankfurt and Florence — the Max-Planck-Institut für Europäischen Rechtsgeschichte and the Gruppo, later Centro per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno respectively. They were my intellectual terms of reference in the mid-seventies. If they — Florence and Frankfurt — have had, as a collective endeavour (few people aside), any deeply shared intellectual connection indeed, it is the close and mostly unrecognized identification between past European Law and Western Christian Law.

Let me challenge you, all of you, to find the chapters on European non-Christian Law, either Jewish or Islamic *Privatrecht* for instance, throughout the multi-volume *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* from the Max-Planck-Institut and upon failing, determine the meaning of the silence, because silence in context may be most meaningful. Imagine how much of past Europe is missing in the European legal history that we, the seniors, bequeath to you, the juniors. The huge *Handbuch* case may convey the best illustration of the flaws and shortcomings of the environment where I helplessly intended to discover difference in identity, the other in the same. Autistic legal history was actually our common ground years ago. We ignored our ignorance. We didn't suspect how deep it was as regards the pasts and presents of real othernesses, the European others' and the non-European others' all in the plural, even the futures.

When I decided to author the biography of Francisco Tomás y Valiente and his family gave me access to his personal archive, I was shocked by how little he had moved abroad, outside Spain, before the dictatorship came to an end. Still, no wonder. How could I have been so naïve? Then a passport for foreign travel was not a personal right here in Spain, but a political grant, the same as public funding to move anywhere, and some people couldn't step over the border at will. Open movements were contingent on secret files in police quarters. Spain was like a big prison except for emigrating workers and European tourists. The autism then wasn't an available choice but a guilty verdict without due process. Now, to-

day, it can be an option, the poor option. You, young legal historians, don't have any excuse if you fail to go beyond, so to speak, Frankfurt and Florence through, needless to say, Florence and Frankfurt.

Here you are, about to move across legal cultures. Let me give you a last piece of advice. To cross you have to know the field or rather a set of fields, the one on your side and those on the other side. For and by crossing, *sapere aude*, dare know. *Habe Muth*, have courage.

Dare to know beyond cultural boundaries. Learn from each other as through an adversary, daring trial process. Don't be afraid of the cultural relativity of legal truths, European or non-European. To be able to cross forth and back, back and forth, get rid of your scholarly background of legal, even constitutional principles and regulations (separation of powers, rule of law, grant of human freedoms as legal rights, and so on) as long as they are not checked in European or non-European settings by empirical research. Neither bookish doctrines nor lofty philosophies are helpful as such. For historical inquiry, either doctrines or philosophies must be objects, not guides; sources, not pieces of bibliography.

Try hard to draw two-way bridges both inside Europe and with off-Europe. By Europe I mean a cultural marker beyond geography through colonialist diasporas. Europe extends as far as the Americas and Australasia, until the very antipodes, though not reaching to everybody everywhere, not to indigenous, colonized peoples and cultures, needless to say yet convenient to remember. Try to take a look at all sorts of non-Europes and reflect on the role of mainstream European and Euro-American legal history in the singular as a contributor to the building of big Europe or little Europes around the world. Most experts still haven't heard of or refuse to pay attention to this awkward piece of news, yet the times of that kind of legal history — the legal history we seniors made — appear to be over or ought to be so in strict consequence of its faulty, colonial ethics. Times, they have really a-changed.

Are these the reasons why you are here ready to confer on crossing cultures? The response is up to you, not me; to juniors, not seniors. This is your meeting. Get a lot of benefit from your presentations and debates. Make the most of your conference. Don't

keep it to yourselves but disseminate and share. I don't advise 'publish or perish' but interact by searching and teaching or else become autistic experts, maybe good historians but bad citizens anyway. You — experts-to-be — have still time ahead to make up your minds and hearts about your walk of life and profession. This is your party. Enjoy your stay here in Seville, Southern Europe. Thanks for your attention. Good work and good luck.

References in order of appearance.

- Rubén DARÍO, *Obras Completas*, vol. I, *Poesía*, Madrid, Galaxia Gutenberg, 2007.
- Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- José María CALLEJA e Ignacio SÁNCHEZ-CUENCA, *La derrota de ETA. De la primera a la última víctima*, Madrid, Adhara, 2006.
- Bob DYLAN, *The Times They Are A-Changin'*, New York, Columbia Records, 1964; lyrics available online: <http://www.bobdylan.com/albums/times.html>.
- El Primer Año de Derecho. Actas de las Jornadas de Profesores del Primer Año de la Facultad de Derecho, Universidad de la Rábida, 27 de agosto - 5 de septiembre de 1975*, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 1978.
- Luis RUBIO MAYORAL, *Disciplina y rebeldía. Los estudiantes de la Universidad de Sevilla, 1939-1970*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005.
- Ignacio FRANCIA, *Salamanca, 1950-1992. Materiales para la Historia*, Salamanca, Caja Duero, 2002.
- Jesús VALLEJO, *Un cuarto de siglo, una historia, un anuario*, en *Crónica Jurídica Hispalense*, 1, 2003, pp. 388-418.
- Frederic William MAITLAND, *Why the History of English Law is not Written* (1888), in H.A.L. FISHER (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Gaunt, Holmes Beach, 1999, vol. I, pp. 480-497.
- Dominick LACAPRA, *History in Transit: Experience, Identity, Critical Theory*, Ithaca, Cornell University Press, 2004.
- History and Theory: Studies in the Philosophy of History*, 43-4, 2004, special issue on *Historians and Ethics*.
- American Historical Association, *Statement on Standards of Professional Conduct*, 2005, online: <http://www.historians.org/pubs/free/professionalstandards.cfm>.
- A. Dirk MOSES and Hayden WHITE, *Forum: The Public Role of History*, in *History and Theory: Studies in the Philosophy of History*, 44-3, 2005, pp. 311-347.

- Courtney THOMAS, *History as Moral Commentary: Ideology and the Ethical Responsibilities of Remembrance*, in *Nebula: A Journal of Multidisciplinary Scholarship*, 1-3, 2005, pp. 179-196 (e-journal: <http://www.nobleworld.biz>).
- Richard A. POSNER, *Against Ethical Criticism*, in *Philosophy and Literature*, 21-1, 1997, pp. 1-27.
- Keith JENKINS, *The end of the affair: On the irretrievable breakdown of history and ethics*, in *Rethinking History: The Journal of Theory and Practice*, 11-2, 2007, pp. 275-285.
- Todd F. DAVIS and Kenneth WOMACK (eds.), *Mapping the Ethical Turn: A Reader in Ethics, Culture, and Literary Theory*, Charlottesville, University Press of Virginia, 2001 (against Judge POSNER, pp. 59-79; Martha C. NUSSBAUM, *Exactly and Responsibly: A Defense of Ethical Criticism*).
- Holy Bible: King James Version*, New York, American Bible Society, 1999, *Exodus*, XX, 15.
- XII European Forum of Young Legal Historians, *Erinnern und Vergessen / Remembering and Forgetting*, München, Martin Maidenbauer, 2007.
- Helmut COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, München, C.H. Beck (Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte), 1973-1988.
- Julien TAIEB, *From Maimonides to Napoleon: The True and the Normative*, in *Global Jurist*, 7-1, 2007, article 8 (e-journal: <http://www.bepress.com/gj>).
- Bartolomé CLAVERO, *Tomás y Valiente: Una biografía intelectual*, Milano, Giuffrè (Biblioteca per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno), 1996; *Tomás y Valiente, jurista en tiempos de tribulación y transición*, en Salustiano DE DIOS, Javier INFANTE y Eugenia TORIJANO (eds.), *El Derecho y los Juristas en Salamanca, Siglos XVI-XX. En Memoria de Tomás y Valiente*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 15-39.
- Timothy GARTON ASH, *The File: A Personal History*, London, Harper-Collins, 1997.
- Paolo GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001.
- Pietro COSTA and Danilo ZOLO (eds.), *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Dordrecht, Springer, 2007.
- Immanuel KANT, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* (1784), free online at *Projekt Gutenberg-De* (<http://gutenberg.spiegel.de/index.php>).
- Allan A. GLATTHORN, *Publish or Perish: The Educator's Imperative*, London, Sage Publications, 2002.

LEONARDO MARCHETTONI

OCKHAM E L'ORIGINE DEI DIRITTI SOGGETTIVI

1. « Il padre dei diritti soggettivi ». — 2. Critiche a Villey. — 3. Atomismo o anti-individualismo? — 4. Volontarismo o razionalismo? — 5. Diritti soggettivi e *potestas*. — 6. Conclusioni: diritti soggettivi e individualismo.

La genesi del concetto di diritto soggettivo, secondo l'interpretazione prevalente, non è affatto contemporanea all'elaborazione del sistema del diritto come strumento di regolazione dei rapporti sociali. Questa nozione, per esempio, era pressoché ignota ai giuristi romani, che utilizzavano *ius* soltanto in un significato oggettivo. Si pone il problema, quindi, di stabilire in quale momento storico il diritto soggettivo ha fatto la sua comparsa. Secondo una tradizione interpretativa ampiamente diffusa, l'origine dei diritti soggettivi sarebbe da ricollegare alle opere politiche di Guglielmo da Ockham, composte nella prima metà del quattordicesimo secolo: proprio l'individualismo caratteristico del filosofo inglese avrebbe funzionato come catalizzatore per rimodellare il significato oggettivo di *ius* in una nuova accezione soggettiva. Questa attribuzione, tuttavia, è stata fortemente contestata in anni più recenti, soprattutto da Brian Tierney, il quale, oltre a proporre un quadro alternativo per la nascita del concetto di diritto soggettivo ha sottolineato la portata anti-individualistica che il riferimento di Ockham ai diritti naturali comporta.

Lo scopo di questo lavoro è di ripercorrere brevemente i termini di questo dibattito. A questo scopo analizzerò in primo luogo gli argomenti tradizionali addotti, soprattutto da Michel Villey, in favore dell'attribuzione dell'« invenzione » del diritto soggettivo a Ockham. Quindi mi soffermerò sulle critiche sviluppate da Tierney e da altri alla tesi di Villey, cercando di stabilire se queste critiche

trovano supporto nelle interpretazioni più recenti del pensiero etico e politico del *Venerabilis Inceptor*. In conclusione, cercherò di valutare criticamente la tesi, avanzata principalmente da Tierney, secondo la quale la teoria dei diritti sviluppata dal maestro inglese possiede un carattere anti-individualistico, cercando di suggerire, in termini molto generali, le linee guida di un raffronto tra la concezione tardomedievale dei diritti soggettivi e i problemi connessi al supposto individualismo dei diritti.

1. « *Il padre dei diritti soggettivi* ».

Come è noto, il mondo greco e romano non arrivò mai a tematizzare esplicitamente la nozione di diritto soggettivo. In nessun luogo del *Corpus* giustiniano si trovano tracce di una definizione di *ius* orientata in senso soggettivo, come attribuzione di una facoltà o di un potere a un soggetto. Al contrario, i significati di *ius* che vengono presentati nelle trattazioni dei grandi giuristi romani fanno sempre riferimento allo *ius* come « stato di cose obbiettivamente giusto ». Dedurre da questa circostanza che il concetto di diritto soggettivo era completamente estraneo a tutta la civiltà classica, come pure molti hanno fatto ⁽¹⁾, è forse eccessivo — del resto, infatti, si possono citare innumerevoli passaggi in cui *ius* viene utilizzato in un senso inequivocabilmente soggettivo, vale a dire un senso che non è possibile riportare, a meno di implausibili contorsionismi verbali, in una lingua moderna senza impiegare la nozione di diritto soggettivo ⁽²⁾. Tuttavia, l'innegabile assenza di una consapevole ri-

(1) Si tratta di un'opinione che risale almeno a Henry Sumner Maine: « [I] romani non erano arrivati, o non erano arrivati completamente, al concetto di diritto giuridico, che a noi appare elementare » (H.S. MAINE, *Dissertations on Early Law and Custom*, London, John Murray, 1883, p. 365). Vedi, per una difesa moderna di questa tesi, M. VILLEY, *L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, in « *Revue historique de droit français et étranger* », XXIV, 1946, pp. 201-227. Vedi anche M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchretien, 1975, trad. it. *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, Jaca Book, 1986, p. 198. Contra R. BAUMAN, *Human Rights in Ancient Rome*, London, Routledge, 2000.

(2) Anche qui, per limitarsi a un unico esempio: « *huius pecuniae deportandae*

flessione teorica su questo punto pone senz'altro il problema di determinare in quale momento storico il concetto di diritto soggettivo venga per la prima volta formulato.

Un'autorevole risposta a questo interrogativo è venuta da Michel Villey⁽³⁾. Secondo il filosofo del diritto francese le prime definizioni di *ius* in senso soggettivo compaiono negli scritti politici di Guglielmo da Ockham. Più precisamente, Ockham sarebbe stato il primo a definire lo *ius naturale* come *potestas*, ponendo le basi per quella decisiva torsione semantica che ha condotto alla moderna teoria dei diritti soggettivi.

La tesi di Villey, d'altra parte, approfondiva alcuni aspetti dell'interpretazione prevalente nella cultura francese dell'opera politica del *Venerabilis Inceptor*. I tratti fondamentali di questa interpretazione erano stati posti nella prima metà del secolo da Georges De Lagarde nella sua monumentale opera *La naissance de l'esprit laïque au déclin du moyen âge*, edita negli anni trenta e quaranta del novecento e successivamente ripubblicata tra il 1956 e il 1970⁽⁴⁾. De Lagarde, attraverso accurate analisi dell'*Opus nonaginta dierum* e del *Dialogus*, aveva sottolineato soprattutto gli elementi di rottura

et, si *ius suum defenderet*, bello gerendo M. Catonem praefecisti » (CICERONE, *De domo sua ad pontifices oratio*, 20).

(3) M. VILLEY, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, in « Archives de philosophie du droit », IX, 1964, pp. 97-127. Villey ha ripreso e approfondito le sue tesi in *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., che contiene anche la ripubblicazione integrale dell'articolo precedente. A questo testo più recente farò qui riferimento per documentare la posizione di Villey. Attraverso la mediazione di Villey la tesi che attribuisce a Ockham la paternità delle teorie moderne dei diritti è stata recepita anche da autori come Berlin e Dumont: si veda I. BERLIN, *Two Concepts of Liberty* (1969), in *Liberty*, a cura di H. Hardy, Oxford, Oxford University Press, 2002, trad. it. *Due concetti di libertà*, in *Libertà*, Milano, Feltrinelli, 2005, pp. 169-222, p. 179; L. DUMONT, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'ideologie moderne*, Paris, Seuil, 1983, trad. it. *Saggi sull'individualismo. Una prospettiva antropologica sull'ideologia moderna*, Milano, Adelphi, 1993.

(4) G. DE LAGARDE, *La naissance de l'esprit laïque au déclin du moyen âge*, Paris-Louvain, Nauwelaerts, 1956-1970, 5 voll., trad. it. dei primi due volumi *Alle origini dello spirito laico*, Brescia, Morcelliana, 1961-1965. Per quanto concerne in particolare il pensiero politico di Ockham vedi in particolare i voll. IV: *Guillaume d'Ockham: défense de l'empire*, 1962 e V: *Guillaume d'Ockham: critique des structures ecclésiales*, 1963.

presenti nell'opera di Ockham, sostenendo che questi elementi si collegavano direttamente alle novità metafisiche e gnoseologiche del pensiero del maestro inglese. In particolare, il nominalismo di Ockham e le anticipazioni della tradizione dell'empirismo inglese che filtrano nella sua sistemazione della teoria della conoscenza, avallavano, secondo De Lagarde, un'immagine di Ockham come antesignano dell'individualismo e del laicismo moderni, fermamente deciso a opporsi alla ierocrazia papale in nome della libertà evangelica e dell'autonomia individuale.

Tutti questi aspetti sono ugualmente presenti nell'interpretazione di Villey. Secondo Villey il dato fondamentale che distingue Ockham dai suoi predecessori è rappresentato dalla sua posizione in rapporto alla controversia sugli universalis: « è nel nominalismo che va rinvenuta la linea di frattura tra il diritto naturale classico, inseparabile dal realismo di Aristotele e San Tommaso, e il positivismo giuridico »⁽⁵⁾. Alla rivoluzione nominalista è riconducibile infatti l'inizio della separazione tra ragione e fede e persino l'inizio delle scienze sperimentali. Abbandonando la *forma mentis* del diritto naturale, che procedeva dall'osservazione di un ordine interno alla natura per ricavarne le norme generali che regolano sia l'universo fisico che il corso delle azioni umane, « il nominalismo induce a pensare tutte le cose a partire dall'individuo »⁽⁶⁾: il rifiuto dell'idea che il mondo sia leggibile a partire dal riconoscimento di essenze universali oggettivamente esistenti rivoluziona, secondo Villey, il modo di rapportarsi alla realtà esterna che non è più vista come un cosmo ordinato ma come un oggetto da indagare con l'uso delle capacità di astrazione di cui l'intelletto umano è naturalmente fornito.

Sul piano della riflessione più propriamente giuridica e politica la conseguenza più importante è che l'abbandono del diritto naturale comporta che le norme, che non possono più essere ritenute iscritte nella natura, devono essere messe in relazione alla volontà degli individui⁽⁷⁾. Da qui gli aspetti più caratteristici della filosofia

⁽⁵⁾ M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 178.

⁽⁶⁾ *Ivi*, p. 183.

⁽⁷⁾ *Ibidem*.

giuridica e politica ockhamiana ⁽⁸⁾: la critica della dottrina tomista della legge di natura svolta nel *Dialogus* e la riduzione della legge divina e umana a diritto positivo — vale a dire a *diritto posto da una volontà ordinante* — che Ockham opera nel *Breviloquium de principatu tyrannico*. Secondo Villey, l'aspetto più notevole della dottrina ockhamiana del diritto è dato proprio da questo legame che il maestro inglese istituisce tra diritto, volontà e potere. Tutta l'etica di Ockham è profondamente volontarista: le norme che l'uomo deve seguire nella sua condotta sono quelle che Dio ha liberamente scelto e devono essere obbedite per il semplice fatto di essere state imposte da Dio. Inoltre, a differenza di quanto era stato ipotizzato da Tommaso d'Aquino, non esiste alcuna tendenza innata nell'uomo che lo indirizzi naturalmente all'obbedienza del comando di Dio. L'uomo non è portato per natura a cercare quei beni che Dio gli impone di perseguire attraverso i suoi comandi e d'altra parte Dio stesso avrebbe potuto porre norme di condotta totalmente diverse, senza venire meno alla sua bontà e giustizia. Ma quest'ultimo aspetto dimostra che il diritto è intrinsecamente legato al potere. Le norme di condotta sono norme stabilite da una volontà che possiede un potere di imposizione. Il sistema del diritto è imperniato su una gerarchia di poteri, come risulta dalla teoria del fondamento del governo secolare esposta nel *Breviloquium*: dalla *potestas absoluta* di Dio deriva il diritto divino positivo. Ma dalla *potestas* di Dio derivano anche l'*imperium* e il *dominium* umani, perché Dio ha dato all'uomo la *potestas appropriandi* e da questa discende il potere di darsi governanti e di emanare leggi ⁽⁹⁾.

Questo processo di positivizzazione del diritto si riassume, nell'*Opus nonaginta dierum*, nella caratteristica definizione del *dominium* e dello *ius utendi* come poteri ⁽¹⁰⁾, con cui Ockham inaugura la moderna dottrina dei diritti soggettivi. In questo lavoro impo-

⁽⁸⁾ Dal momento che esiste una corrente filosofica di continuatori dell'opera di Ockham chiamata « ockhamismo » (od « occamismo »), per non generare confusioni utilizzerò l'aggettivo « ockhamiano » per riferirmi al pensiero di Guglielmo da Ockham, al posto del più diffuso « ockhamista » (cfr. l'analoga distinzione tra « marxiano » e « marxista »).

⁽⁹⁾ M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 223.

⁽¹⁰⁾ Ivi, pp. 213 ss.

nente, redatto a sentire l'autore in soli novanta giorni, nell'urgenza della « controversia sulla povertà »⁽¹¹⁾, Ockham, proprio perché non possedeva una formazione specificamente giuridica, riesce a innovare radicalmente, attribuendo a *ius* il significato, ormai prevalente nel discorso volgare, di « potere che l'individuo esercita su di un bene », un potere ben preciso, distinto dalla semplice licenza e dal permesso. Dal vecchio concetto di *ius* — *ius* come « ciò che è giusto », lo stato di cose che risponde alle esigenze di giustizia — si passa a una definizione che eguaglia sostanzialmente *ius* e *potestas*: lo *ius* diventa una forma di potere, legandosi definitivamente alla volontà del suo detentore. Inoltre, per contrastare la tesi del papa secondo la quale non era possibile utilizzare legittimamente i beni necessari per la sussistenza senza esercitare qualche diritto sopra di essi, come affermavano i rappresentanti dell'ordine francescano, Ockham si trova a dover sostenere che esiste una categoria di diritti « naturali », anteriori ai diritti azionabili nelle corti che dipendono dall'istituzione della proprietà privata e del potere politico: proprio in base al diritto naturale — *ius poli* — ai beni necessari per la sussistenza i francescani possono legittimamente fruire degli abiti e degli alimenti che vengono loro concessi, senza venire meno alla loro rinuncia a qualsiasi forma di tutela « legale ». In questo

(11) Come è noto, negli ultimi anni della sua vita Ockham fu impegnato in una lunga disputa in cui sostiene le ragioni dell'ordine francescano contro papa Giovanni XXII e i suoi successori. Oggetto della disputa era la questione se Cristo e gli apostoli avessero posseduto gli alimenti e i beni che consumavano, questione da cui discendeva la legittimità della Regola francescana che prescriveva ai frati la povertà assoluta e interdiceva loro l'uso del denaro. Sul tema vedi: M.D. LAMBERT, *Franciscan Poverty: The Doctrine of the Absolute Poverty of Christ and the Apostles in the Franciscan Order, 1210-1323*, London, S.P.C.K., 1961, trad. it. *Povertà francescana. La dottrina dell'assoluta povertà di Cristo e degli apostoli nell'ordine francescano (1210-1323)*, Milano, Edizioni Biblioteca Francescana, 1995; G. TARELLO, *Profili giuridici della questione della povertà nel francescanesimo prima di Ockham*, Milano, Giuffrè, 1964; A. TABARRONI, *Pau-pertas Christi et apostolorum. L'ideale francescano in discussione (1322-1324)*, Roma, Istituto Storico Italiano per il Medioevo, 1990; R. LAMBERTINI, *La povertà pensata. Evoluzione storica della definizione dell'identità minoritica da Bonaventura ad Ockham*, Modena, Mucchi, 2000. Per uno studio più approfondito sul coinvolgimento di Ockham nella disputa cfr. M. DAMIATA, *Guiglielmo d'Ockham: povertà e potere*, vol. 1: *Il problema della povertà, evangelica e francescana nei secoli XIII e XIV. Origine del pensiero politico di G. d'Ockham*, Firenze, Studi Francescani, 1978.

modo, conclude Villey, Ockham pone le basi di un'antropologia politica nuova, nella quale agli individui competono naturalmente specifiche aree di libertà e di franchigia e all'interno della quale figurano in quanto detentori di poteri: in questo quadro tutti i soggetti possiedono diritti, ovvero poteri, irrinunciabili per il soddisfacimento dei loro bisogni.

Anche sotto questo aspetto la dottrina politica del francescano appare agli occhi di Villey assolutamente originale: nella riflessione politica ockhamiana manca totalmente l'idea di un ordine sociale sovraindividuale e comunitario ⁽¹²⁾, così caratteristica dell'aristolismo politico medievale. Al contrario, lo scopo che Ockham, nel solco della tradizione francescana, « riconosce al diritto è quello di assicurare all'individuo le condizioni per una vita libera e del tutto autonoma nei confronti degli altri » ⁽¹³⁾. Ne emerge una visione dello strumento del diritto, e in particolare del diritto di proprietà, impoverita e « monacale » ⁽¹⁴⁾, incapace di separare i piani della morale, da un lato, e del diritto e della giustizia dall'altro, che, se per un verso nel contesto del discorso di Ockham si dimostra funzionale a esaltare la scelta di povertà francescana, per contrasto può prestarsi ugualmente bene a venire « in aiuto degli egoismi scatenati nel disordine medievale » ⁽¹⁵⁾.

Anche da questa sintetica presentazione dovrebbe emergere con chiarezza la profonda organicità e coerenza della lettura che Villey dà della filosofia giuridica ockhamiana e più in generale della sua ricostruzione complessiva della figura del *Venerabilis Inceptor*. Una lettura che si inserisce in una visione dell'evoluzione del pensiero giuridico occidentale dotata di un'indubbia capacità esplicativa e che si incentra sull'idea di un passaggio abbastanza rapido da una cultura giuridica organicistica, significativamente compendiata nella *forma mentis* del diritto naturale oggettivo, a una mentalità individualista, che assume come vessillo i diritti naturali del soggetto. Una lettura, inoltre, che fa di Ockham il punto di svolta tra il cre-

⁽¹²⁾ M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 218.

⁽¹³⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁴⁾ *Ivi*, p. 221.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*.

puscolo del diritto naturale e l'inaugurazione dell'epoca nuova dei diritti soggettivi e, più in generale, tra l'età medievale e la prima modernità, proponendo una caratterizzazione della riflessione giuridica del filosofo francescano univocamente calibrata sulla sua dimensione di precursore dell'individualismo moderno.

A questa ricostruzione, a suo modo indubbiamente paradigmatica, anche gli autori che, dopo Villey, ne hanno accolto i capisaldi interpretativi non hanno saputo aggiungere nuovi elementi di particolare rilievo. È questo il caso, per esempio, di Michel Bastit che in un saggio abbastanza recente ha ripreso molto da vicino la lettura di Villey, ripetendo però nella sostanza le argomentazioni proposte in *La formazione del pensiero giuridico moderno* (16). Come per Villey, anche il punto di partenza del saggio, peraltro ampio e ben documentato, di Bastit, è il legame tra teologia, metafisica e politica. È dall'adesione all'individualismo nominalista che deriva il rifiuto dell'immagine della comunità politica come un tutto ordinato, governato da leggi naturali accessibili alla ragione umana (17). La rivoluzione nominalista mette capo a una parallela rivoluzione etica e politica, in cui il razionalismo tomista viene sostituito dal volontarismo, già radicato nella tradizione francescana. In questo modo Ockham può sostenere che lo *ius poli*, la legge divina, costituisce essenzialmente una manifestazione del potere e della volontà di Dio, minimizzandone il carattere razionale: lo *ius poli*, infatti, è semplicemente conoscibile attraverso la *recta ratio* ma non è razionale nel senso in cui lo era il diritto naturale della tradizione tomista, non è l'espressione di una razionalità in qualche modo comune sia all'uomo che a Dio (18).

Analogamente, anche il diritto umano, lo *ius fori*, è per Bastit soprattutto un prodotto della volontà (19). Non solo lo *ius fori* è to-

(16) M. BASTIT, *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de saint Thomas à Suárez*, Paris, PUF, 1990. In Italia una posizione analoga è stata recentemente sostenuta da Luca Parisoli in L. PARISOLI, *Volontarismo e diritto soggettivo. La nascita medievale di una teoria dei diritti nella scolastica francescana*, Roma, Istituto Storico dei Cappuccini, 1999.

(17) M. BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, cit., pp. 244-246.

(18) Ivi, pp. 251 ss.

(19) Ivi, p. 257.

talmente indipendente dallo *ius poli* ma persino il legame che Ockham stabilisce tra diritto e bene comune è esteriore e vuoto. Infatti, non esiste un bene comune specifico della società, ma il bene comune è un abbreviazione per la somma dei beni individuali e in quanto tale appare direttamente connesso con l'utilità dei singoli⁽²⁰⁾. Il risultato complessivo è un generale pervertimento del diritto naturale, conseguente alla scissione tra ragione e moralità: in luogo della legge naturale oggettiva campeggiano l'esaltazione della volontà individuale, posta alla base del potere politico⁽²¹⁾, e i diritti dei soggetti, che configurano una sorta di residuo, nel quadro delle leggi umane, dei poteri originari di appropriazione conferiti dagli uomini a Dio⁽²²⁾.

In ultima analisi, il nucleo generatore delle interpretazioni di Bastit e di Villey sembra consistere nella percezione di una profonda discontinuità nella storia del pensiero giuridico. L'evoluzione del diritto è segnata, in questa prospettiva, da una frattura che regola il passaggio dal giusnaturalismo classico, incentrato sulla legge naturale, alla sua variante moderna, che si fonda sul riconoscimento di diritti inalienabili agli individui. In questo mutamento si fronteggiano due mondi contrapposti e incommensurabili. Naturalmente, una volta che si sia accettato questo *framework* concettuale, il compito di operare la transizione dall'uno all'altro può essere attribuito solo a un radicale innovatore, a una figura al di fuori dagli schemi consolidati, e Guglielmo da Ockham si presta perfettamente a ricoprire questo ruolo, per due ordini di motivi. Da una parte, per la sua presunta estraneità rispetto alla tradizione giuridica precedente, che lascia immaginare che il *Venerabilis Inceptor*, nel momento in cui si trovò a elaborare le sue definizioni di *ius*, avesse saputo guardare senza preconcetti al significato che la parola stava acquisendo nell'uso popolare. Dall'altra, perché la circostanza che Ockham sia stato il principale artefice della rivoluzione nominalista autorizza a pensare che le novità della sua teoria politica costituiscano la diretta

(20) Ivi, pp. 257-258.

(21) Ivi, p. 295. A questo proposito Bastit si spinge a parlare di « contrattualismo » di Ockham.

(22) Ivi, p. 275.

trasposizione della sua metafisica dell'individuo: siccome per Ockham solo l'individuo ha esistenza reale, non può esserci alcun ordine giuridico che non proceda dalla volontà soggettiva.

In questo modo Villey e Bastit recuperano l'intuizione, già anticipata da De Lagarde, secondo la quale l'introduzione del lessico dei diritti, come le altre conquiste del pensiero politico moderno, è connessa all'emergenza di una forma di individualismo incompatibile con le logiche comunitarie del cosmo medievale. Il concetto di diritto soggettivo nasce con la fine del diritto naturale oggettivo e con l'eclissi del mondo del quale il diritto di natura era stato uno degli emblemi. La rivoluzione semantica inaugurata dall'invenzione dei diritti individuali segna al tempo stesso la fine di una civiltà e di una cultura giuridica e politica per avviare l'epoca della centralità dell'individuo, all'interno della quale ci stiamo ancora muovendo.

2. Critiche a Villey.

Era inevitabile che un'interpretazione così unilaterale come quella proposta da Villey dovesse incontrare forti opposizioni. Uno dei primi esempi in questo senso è dato da Richard Tuck che nel suo volume del 1979, *Natural Rights Theories*, offre una ricostruzione totalmente discordante del ruolo di Guglielmo da Ockham nell'evoluzione dei diritti soggettivi⁽²³⁾. Secondo Tuck l'enfasi posta da Villey sull'equazione di *ius* e *potestas* offerta da Ockham nell'*Opus nonaginta dierum* è fuorviante. In realtà il francescano, nel proporre la sua definizione di *ius*, non stava realizzando un'inedita innovazione semantica ma si limitava semplicemente a recepire l'interpretazione di *dominium* e di *ius* come « diritto attivo », insieme di facoltà e poteri spettanti al detentore del diritto, che era stata proposta dal papa. Questa definizione, inoltre non era una novità ma era stata già diffusa dai glossatori della scuola di Accursio⁽²⁴⁾. Dal punto di vista della ricostruzione storica, perciò, Tuck dissente dalla tesi di Villey dal momento che retrocede l'« invenzione » del

(23) Cfr. R. TUCK, *Natural Rights Theories*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, pp. 21-24.

(24) Ivi, pp. 15-17.

diritto soggettivo di circa un secolo. Sotto un altro profilo, tuttavia, i due autori concordano sul significato complessivo da attribuire al dibattito, dal momento che secondo Tuck la teoria dei diritti che emerse dalla controversia sulla povertà possedeva un marcato carattere individualistico: « l'applicazione dei concetti legali post-accursiani ai problemi relativi ai connotati essenziali degli uomini aveva condotto direttamente a una teoria politica fortemente individualistica molto vicina alle classiche teorie dei diritti del diciassettesimo secolo » (25).

Un segno completamente diverso possiedono invece le critiche mosse all'interpretazione di Villey da Brian Tierney. In un saggio del 1988, e in altri scritti successivi, tutti raccolti nella sua fondamentale monografia *L'idea dei diritti naturali*, Tierney ha sottoposto le conclusioni di Villey a un serrato scrutinio, contestando tutti gli assunti sui quali si fondava l'immagine di Ockham come radicale innovatore del lessico giuridico (26). In primo luogo, in risposta alla tesi di Villey secondo la quale la novità della riflessione giuridico-politica di Ockham va messa in relazione con le caratteristiche della metafisica ockhamiana, Tierney ha osservato che l'idea dell'esistenza di una connessione diretta fra le teorie politiche e giuridiche di Ockham e le sue convinzioni metafisiche è difficilmente provabile, aggiungendo che anche la metafisica di Tommaso d'Aquino

(25) Ivi, p. 24. Su questo punto vedi il commento di Luca Baccelli in L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Roma, Carocci, 1999, pp. 33-34.

(26) B. TIERNEY, *Villey, Ockham and the Origins of Natural Rights Theories*, in *The Weightier Matters of the Law: Essays on Law and Religion, A Tribute to Harold J. Berman*, a cura di J. White e S. Frank, Atlanta, Scholars Press, 1988, pp. 1-31, ristampato in B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Atlanta, Scholars Press, 1997, trad. it. *Villey, Ockham e l'origine dei diritti individuali*, in *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, Bologna, il Mulino, 2002, pp. 29-69. Rilevanti per l'interpretazione di Ockham sono anche i capitoli IV-VIII del volume. *L'idea dei diritti naturali* è un volume composito in cui sono raccolti testi originali, o che costituiscono la rielaborazione originale di scritti precedenti, accanto a ristampe, più o meno fedeli, di articoli già apparsi in volumi o riviste. Per quanto possibile ho cercato di tenere distinti i secondi dai primi riferendomi separatamente al testo complessivo e ai saggi ivi ristampati che avevano avuto una pubblicazione precedente.

era, da questo punto di vista, sufficientemente « individualista » da consentire l'elaborazione di una teoria dei diritti soggettivi (27).

Secondo Tierney l'*Opus nonaginta dierum* e le altre opere politiche ockhamiane, più che produrre la deduzione consequenziale di teorie metafisiche sviluppate in precedenza, rappresentano l'esito del particolare contesto storico in cui furono redatte. Dal momento che in questi lavori Ockham si proponeva di far prevalere le ragioni del proprio ordine, diventa inevitabile supporre che le definizioni concettuali e le sottili distinzioni che vi vengono sviluppate riflettano principalmente questa istanza polemica, senza ricollegarsi immediatamente alle dottrine che il maestro inglese aveva sostenuto nelle sue opere filosofiche anteriori. Dunque, l'ipotesi interpretativa di Villey che assumeva l'esistenza di un nesso assai stretto fra il carattere innovativo della metafisica ockhamiana e le concezioni politiche sviluppate dal *Venerabilis Inceptor* risulta scarsamente convincente.

Anche per quanto riguarda la tesi di Villey secondo la quale la novità della teoria dei diritti naturali di Ockham è spiegabile in relazione al suo supposto volontarismo etico, Tierney nota come questa ricostruzione si scontri con le interpretazioni più recenti della dottrina morale del francescano. In effetti, Villey, enfatizzando gli aspetti volontaristici della riflessione morale di Ockham, seguiva un indirizzo ermeneutico prevalente nella prima metà del novecento

(27) Cfr. B. TIERNEY, *Villey, Ockham e l'origine dei diritti individuali*, cit., p. 54. Per un giudizio analogo cfr. J. FINNIS, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, cap. 5. A sostegno di queste affermazioni Tierney cita l'opinione di uno dei maggiori interpreti novecenteschi di Ockham, Philoteus Boehner, secondo il quale « le idee politiche di Ockham nei loro tratti generali avrebbero potuto essere sviluppate, per quanto possiamo vedere, a partire da una qualsiasi delle metafisiche classiche del XIII secolo, dal momento che [...] coincidono con una solida teoria politica cattolica » (P. BOEHNER, *Ockham's Political Ideas*, in « Review of Politics », V, 1943, pp. 462-487, ristampato in Id., *Collected Articles on Ockham*, a cura di E.M. Buytaert, St Bonaventure, The Franciscan Institute, 1958, pp. 442-468, p. 446). Tierney ricorda anche l'opinione di Charles Zuckermann, secondo il quale qualsiasi filosofo scolastico di valore sarebbe stato capace di associare qualunque insieme di premesse metafisiche con qualsiasi posizione politica preferisse: cfr. C. ZUCKERMANN, *The Relationship of Theories of Universals to Theories of Church Government: A Critique of Previous Views*, in « Journal of the History of Ideas », XXXV, 1973, pp. 579-590.

ma successivamente superato (28). Già David Clark, infatti, in un saggio scritto oltre trenta anni fa, aveva apportato sostanziali correzioni a questa interpretazione, osservando che Dio, non potendo violare la legge di non contraddizione, deve conformare la propria volontà ai principi generali di condotta ricavabili per mezzo della retta ragione (29). A partire da questo intervento, una parte significativa della letteratura più recente, continua Tierney, ha messo in risalto la compresenza nella filosofia morale di Ockham di temi razionalistici accanto a quelli volutaristici: è vero che il maestro inglese insiste sulla libertà assoluta di Dio e sulla contingenza dei valori morali, tuttavia nella sua opera si trovano anche ricorrenti attestazioni di fiducia nella capacità della retta ragione — intesa aristotelicamente come *prudentia*, « saggezza pratica » — di guidare le azioni umane (30). In definitiva, dunque, sembra difficile rintracciare nella dottrina morale del filosofo francescano elementi univoci che possano essere messi in relazione con la supposta « invenzione » da parte di Ockham della nozione di diritto soggettivo.

Inoltre, il versante razionalistico della filosofia pratica ockhamiana appare preponderante nelle opere politiche: nell'*Opus nonaginta dierum* poche pagine dopo aver definito lo *ius* come *potestas*, Ockham precisa la definizione dicendo che lo *ius poli* non è altro che un potere conforme alla retta ragione (31); analogamente, sia nell'*Opus nonaginta dierum* che nel *Breviloquium de principatu tyrannico*, pur con alcune differenze, Ockham si appella alla retta ragione per sostenere che all'umanità caduta dopo il peccato originale spettava il potere di acquisire la proprietà delle *res nullius*, necessario al genere umano per vivere bene. Esempi come questi mo-

(28) Per un esempio in questo senso vedi A. GARVENS, *Die Grundlagen der Ethik Wilhelms von Ockham*, in « Franziskanische Studien », XXI, 1934, pp. 243-273.

(29) D.W. CLARK, *Voluntarism and Rationalism in the Ethics of Ockham*, in « Franciscan Studies », XXXI, 1971, pp. 72-87.

(30) B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali*, cit., pp. 142-147.

(31) « *Ius autem poli non est aliud quam potestas conformis rationi rectae* » (*Opus nonaginta dierum*, cap. 65, in *Guillelmi de Ockham opera politica*, vol. II, a cura di R.F. Bennett e H.S. Offler, Manchester, Manchester University Press, 1963, p. 579, trad. ingl. *A Translation of William of Ockham's Work of Ninety Days*, a cura di J. Killeen e J. Scott, The Lampeter, Edwin Mellen Press, 2001, vol. 1, p. 444).

strano, secondo Tierney, che quando discute di argomenti politici, Ockham assume che la ragione umana possa costituire una guida totalmente affidabile. In queste pagine non c'è traccia di una visione di Dio come legislatore imperscrutabile: sembra anzi che il *Venerabilis Inceptor*, nel trattare queste materie, fosse « sicuro che in questo universo, che Dio aveva effettivamente scelto di creare, la retta ragione [...] poteva conoscere i piani di Dio per il genere umano »⁽³²⁾.

In relazione poi alla seconda premessa principale del discorso di Villey, quella secondo la quale la novità delle definizioni giuridiche di Ockham deriverebbe dalla sua — relativamente — scarsa domestichezza con le opere dei giuristi del suo tempo, Tierney, sostiene che al contrario esiste una sicura linea di continuità che lega la riflessione giuridico-politica di Ockham all'elaborazione dei canonisti del secolo precedente. Questa linea di continuità è stata puntualmente esplicitata da Tierney a proposito della critica del diritto canonico che Ockham svolge nel *Dialogus*⁽³³⁾, ma anche per quanto riguarda le definizioni di *ius* come *potestas* esistono degli antecedenti significativi, sempre nell'ambito delle trattazioni canonistiche. Anche da questo punto di vista il lavoro di Tierney è stato particolarmente prezioso, mettendo in luce come la definizione di *ius* come *vis* o *potestas* fosse già stata enunciata da alcuni canonisti del XII e XIII secolo⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali*, cit., p. 251. Cfr. anche le pp. 283-288.

⁽³³⁾ Vedi in particolare B. TIERNEY, *Ockham, the Conciliar Theory, and the Canonists*, in « Journal of the History of Ideas », XV, 1954, pp. 40-70; Id, *Natural Law and Canon Law in Ockham's Dialogus*, in *Aspects of Late Medieval Government and Society: Essays Presented to J.R. Lander*, a cura di J.G. Rowe, Toronto, The University of Toronto Press, 1986, pp. 3-24. Sul tema vedi anche S. GAGNÉR, *Vorbemerkungen zum Thema « Dominium » bei Ockham*, in « Miscellanea Mediaevalia », IX, 1974, pp. 293-327. Vale la pena di osservare che la frequenza delle citazioni dal diritto canonico nel testo del *Dialogus* era già stata evidenziata da De Lagarde (cfr. G. DE LAGARDE, *Guillaume d'Ockham: critique des structures ecclésiastiques*, cit., p. 269).

⁽³⁴⁾ Esempi in questo senso si trovano per esempio in Rufino, Simone da Bisogno, Sicardo da Cremona e Ugucione. Vedi B. TIERNEY, *Origins of Natural Rights Language: Texts and Contexts, 1150-1250*, in « History of Political Thought », X, 1989, pp. 615-646, ristampato in Id., *The Idea of Natural Rights*, cit., trad. it. *Origini del lin-*

Dell'opera di questi autori Ockham aveva probabilmente una conoscenza almeno indiretta: più precisamente, secondo Tierney, Ockham poteva aver conosciuto l'opera di Ugucione attraverso il *Rosarium* di Guido di Baisio, una collezione di glosse al *Decretum* di Graziano ampiamente nota ad Avignone negli anni venti del trecento ⁽³⁵⁾.

L'esistenza di queste corrispondenze dimostrerebbe sia che Ockham aveva assorbito molto più in profondità di quanto si ritiene comunemente le teorie giuridiche del suo tempo, sia che certi apparenti novità del suo discorso costituiscono in realtà la naturale evoluzione di alcune dottrine già esistenti in precedenza. Rispetto a questo dibattito preesistente il contributo principale di Ockham non consistette in una nuova concezione nominalista e volontarista dello *ius naturale* ma in nell'enfasi sulla natura e sulla ragione come fonte dei diritti soggettivi ⁽³⁶⁾. Anche la famosa definizione di *ius* come *potestas* non è tanto notevole in sé, quanto perché si inserisce in un contesto argomentativo che fa derivare il diritto soggettivo dall'esercizio della ragione e dal riconoscimento dell'esistenza di una sfera di autonomia personale che compete agli individui anteriormente alla legge positiva ⁽³⁷⁾. E tuttavia, continua Tierney, nonostante l'attenzione dimostrata per la tematica dei diritti individuali e l'insistenza sulla derivazione dei diritti dalla ragione, sarebbe sbagliato considerare Ockham come il primo rappresentante delle teorie dell'atomismo sociale. Al contrario, la giustificazione che il filosofo francescano offre per i diritti soggettivi è sempre controbilanciata dall'attenzione per il bene e per l'utilità comuni ⁽³⁸⁾. Anche per questo motivo l'interpretazione di Villey, che salutava l'introduzione del concetto di diritto soggettivo come affer-

guaggio dei diritti naturali: testi e contesti (1150-1250), in *L'idea dei diritti naturali*, cit., pp. 71-118.

⁽³⁵⁾ Cfr. B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali*, cit., p. 150.

⁽³⁶⁾ Ivi, pp. 245-279.

⁽³⁷⁾ Ivi, pp. 267 ss.

⁽³⁸⁾ Ivi, pp. 272-273. A supporto di questa affermazione Tierney cita alcuni passi dal *Breviloquium de principatu tyrannico* e dalle altre opere politiche in cui Ockham parafrasa la *Politica* di Aristotele.

mazione di una nuova mentalità individualista appare largamente ingiustificata ⁽³⁹⁾.

Per afferrare meglio questo punto conviene forse fare un passo indietro, per esporre l'elaborazione dei decretisti tardomedievali sul tema della condizione del povero che, trovandosi in uno stato di estremo bisogno, si appropria dei beni di un ricco. Secondo Tierney i decretisti si servirono della nuova accezione soggettiva di *ius naturale* ⁽⁴⁰⁾ per accreditare la tesi che l'indigente che ruba spinto dal bisogno non commette furto, ma si limita ad impossessarsi di ciò che gli spetta *iure naturali*, ed è perciò non punibile. Questa interpretazione non solo si accordava all'opinione comune secondo la quale il diritto di natura imponeva ai ricchi di condividere con i più poveri i beni non strettamente indispensabili per la loro vita, ma la rafforzava in una maniera inedita. Secondo la dottrina tradizionale, infatti, il povero era sì beneficiario di un dovere di carità da parte del ricco, tuttavia questo non gli dava titolo per reclamare direttamente quanto gli era necessario per vivere. Invece, qualificando l'atto di appropriazione dei beni del ricco legittimo *ex iure naturali* diventava possibile innescare un procedimento speciale, noto come « denuncia evangelica », distinto dalle procedure giudiziali ereditate dal diritto romano, che doveva assicurare al povero la soddisfazione del proprio bisogno ⁽⁴¹⁾. Da ciò si deduce, conclude Tierney, che le « prime teorie dei diritti naturali non erano basate sulla consacrazione della semplice cupidigia o dell'egoismo fine a se stesso » ⁽⁴²⁾ ma appaiono improntate dalla necessità di provvedere una migliore tutela ai legami di giustizia e di carità sanciti dalla legge naturale.

⁽³⁹⁾ Cfr. B. TIERNEY, *Villey, Ockham e l'origine dei diritti individuali*, cit., pp. 58 ss.

⁽⁴⁰⁾ Definito da Ugucione come « ratio, scilicet naturalis vis animi ex qua homo discernit inter bonum et malum ». Cfr. B. TIERNEY, *Origini del linguaggio dei diritti naturali*, cit., p. 100.

⁽⁴¹⁾ Ivi, p. 114. Il meccanismo prevedeva che il povero potesse avanzare una pretesa legittima denunciando il proprio stato di indigenza. In base a questo appello il vescovo poteva poi costringere un ricco impenitente a dare in elemosina ciò che aveva in eccesso, se necessario ricorrendo alla scomunica.

⁽⁴²⁾ Ivi, p. 118.

Ora, secondo Tierney, Ockham dimostra di ereditare dai canonisti non solo la definizione soggettiva di *ius* come *potestas* ma anche la tensione sociale e redistributiva che connotava le prime teorie dei diritti soggettivi. Questo punto emerge chiaramente in uno dei capitoli centrali dell'*Opus nonaginta dierum*, dove, nello spazio di tre pagine, Ockham prima parafrasa l'opinione di Ugucione secondo la quale tutte le cose sono in comune in caso di bisogno:

Aliter dicuntur temporalia esse aliquorum ex debiti necessitate vel etiam honestate, quia scilicet eis ex ratione recta debentur. Et isto modo superflua divitum sunt pauperum et indigentium, quia scilicet divites tenentur eis superflua elargiri ⁽⁴³⁾;

poi si spinge addirittura a sostenere che, sebbene le leggi umane abbiano istituito la proprietà privata, tali leggi non annullano completamente il diritto naturale in base al quale tutti i beni sono comuni nello stato di bisogno. Anzi, in quest'ultimo caso, l'utilizzo da parte del povero dei beni del ricco avviene sulla base di un preciso *ius utendi*:

Non tamen istud ius naturale potest totaliter evacuari, quia nunquam sic possunt temporalia appropriari, quin tempore necessitatis debeant esse communia [...]. Et ideo tempore necessitatis extremae potest quilibet iure poli uti qualibet re temporalis, sine qua vitam suam conservare non posset ⁽⁴⁴⁾.

Per questo motivo le tesi interpretative che in un modo o in un altro insistono sul carattere individualista della teoria ockhamiana dei diritti soggettivi, non sembrano condivisibili. Al contrario, il nesso tra diritti e retta ragione da un lato — che il maestro inglese desume probabilmente dalle sue frequentazioni dei testi dei canonisti — e tra diritti e bene comune dall'altro — che rimanda piuttosto alla pervasiva eredità dell'aristotelismo —, concorrono a de-

⁽⁴³⁾ *Opus nonaginta dierum*, cap. 65, in *Guillelmi de Ockham opera politica*, vol. II, cit., p. 576, trad. ingl. cit., p. 440. L'originale di Ugucione recita invece: « iure naturali, id est iudicio rationis approbante omnia sunt communia, id est tempore necessitatis indigentibus communicanda », cit. in B. TIERNEY, *Origini del linguaggio dei diritti naturali*, cit., p. 111.

⁽⁴⁴⁾ *Opus nonaginta dierum*, cap. 65, in *Guillelmi de Ockham opera politica*, vol. II, cit., p. 577-578, trad. ingl. cit., p. 443.

terminare un'architettura complessiva saldamente razionalistica, nella quale la volontà divina rivelata e la retta ragione definiscono una sfera di libertà evangelica che non può essere violata senza motivo dal papa e dall'imperatore e che anzi deve essere tutelata dai governanti per perseguire il bene comune.

Alla luce di quest'ultima osservazione diventa chiaro perché Tierney possa sostenere che la ricostruzione di Villey risulti contrassegnata da un manicheismo scarsamente credibile: Villey sottovaluta sistematicamente gli indizi che potrebbero suggerire una riflessione sui diritti soggettivi precedente a Ockham per enfatizzare gli elementi di novità nelle dottrine ockhamiane, ma così facendo si lascia trasportare soprattutto dal proprio disegno complessivo nel quale la « buona » dottrina antica del diritto naturale oggettivo si contrappone al suo sovvertimento moderno, la teoria dei diritti soggettivi, inaugurata dal travisamento del significato di *ius* « perpetrato » da Ockham ⁽⁴⁵⁾. Il risultato è un ritratto del *Venerabilis Inceptor* come pensatore politico che non corrisponde per niente alla posizione effettivamente ricoperta dal maestro inglese nell'ambito della storia del pensiero giuridico e politico, proprio perché costruito su una serie di opposizioni — antico-moderno, diritto oggettivo-diritto soggettivo, spirito comunitario-egoismo individuale — che sono, a ben vedere, ingiustificate.

In definitiva, Tierney propone una lettura complessiva della dottrina ockhamiana dei diritti tesa a restituirne la specificità medievale, contro tutte le tentazioni di tradurre il discorso del filosofo francescano in una sorta di proto-liberalismo. Per Tierney l'impiego che Ockham fa della nozione di diritto soggettivo è sempre finalizzato all'instaurazione di un ordine morale il cui contenuto viene determinato razionalmente e quindi risulta prevalente rispetto all'autonomia e agli interessi degli individui. Un ordine, inoltre, che nel garantire le posizioni di vantaggio spettanti ai singoli assume come punto di riferimento il bene comune, inteso come situazione oggettiva di conformità alla legge evangelica e razionale. Da questo punto di vista si può forse concludere che secondo Tierney la teoria dei diritti di Ockham, non diversamente da quelle dei canonisti

(45) B. TIERNEY, *Villey, Ockham e l'origine dei diritti individuali*, cit., p. 53.

che lo precedettero, vada descritta come una teoria « comunitaria », intendendo con questo termine — che Tierney peraltro non utilizza — una teoria dei diritti che procede non dalla dotazione agli individui di una protezione giuridica che permetta loro di perseguire efficacemente i loro interessi, ma dalla « riflessione sul giusto ordinamento delle relazioni umane nelle società emergenti »⁽⁴⁶⁾. Dunque, non un Ockham campione dell'individualismo *ante litteram* ma un pensatore ancora saldamente ancorato all'orizzonte concettuale degli autori che lo avevano preceduto e al cosmo ordinato del diritto naturale.

3. *Atomismo o anti-individualismo?*

Il dato che colpisce maggiormente nell'affrontare il pensiero politico di Guglielmo da Ockham risiede probabilmente nella varietà di interpretazioni cui la riflessione del francescano ha dato luogo. Come è possibile che nell'*Opus nonaginta dierum*, nel *Dialogus*, nel *Breviloquium de principatu tyrannico* alcuni interpreti abbiano potuto leggere la più coerente anticipazione dell'individualismo moderno mentre altri vi hanno riconosciuto soltanto una originale elaborazione di motivi autenticamente medievali? Come può accadere che alcuni abbiano interpretato la teoria ockhamiana dei diritti soggettivi come costruzione di un formidabile apparato di garanzie per gli egoismi soggettivi che l'impalcatura del diritto naturale aveva cercato di contenere mentre altri vi abbiano soprattutto visto una riformulazione del principio aristotelico e tomistico dell'ordinamento del potere politico al perseguimento del bene comune? Se si vuole cercare di orientarsi tra questi opposti estremismi, tracciando un bilancio delle diverse interpretazioni in gioco, non è possibile non soffermarsi preliminarmente a riflettere sulle ragioni interne all'opera del francescano che hanno reso possibile tanta diversità di risposte critiche.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. B. TIERNEY, *Origini del linguaggio dei diritti naturali*, cit., p. 108. A questo proposito vedi anche la discussione alle pp. 107 ss. dello stesso saggio sull'impiego della nozione di *ius naturale* in senso soggettivo da parte dei canonisti per rafforzare i doveri di carità dei ricchi nei confronti dei poveri bisognosi.

Da questo punto di vista un elemento appare particolarmente rilevante. Si tratta della circostanza che gli interpreti che sottolineano la modernità del pensiero del *Venerabilis Inceptor* sembrano fondare la loro valutazione soprattutto sul nesso tra nominalismo e riflessione politica. Questo schema argomentativo è perfettamente evidente in De Lagarde, Villey e Bastit, tutti autori che sottolineano il legame tra l'Ockham filosofo nominalista e l'Ockham delle opere politiche in una maniera che sembra far dipendere il giudizio sull'individualismo del maestro inglese da una considerazione aprioristica del suo ruolo di rottura nella storia della metafisica. È chiaro tuttavia, che questo modo di ragionare risulta criticabile per il suo carattere ideologico: la valutazione delle opere politiche di Ockham appare infatti condizionata da un preconcetto, più che motivata da ciò che i testi effettivamente dicono. Tanto più in quanto l'interpretazione più recente della filosofia politica ockhamiana sembra aver imboccato una strada completamente diversa: esiste, infatti, una consistente tradizione di interpreti « moderati » del pensiero politico del francescano — da Bayley a Boehner, da Morrall a Kölmel, fino a McGrade e allo stesso Tierney⁽⁴⁷⁾ — che ha cercato di

(47) C.C. BAYLEY, *Pivotal Concepts in the Political Philosophy of William of Ockham*, in « Journal of the History of Ideas », X, 1949, pp. 199-218; P. BOEHNER, *Ockham's Political Ideas*, cit.; J.B. MORRALL, *Some Notes on a Recent Interpretation of William of Ockham's Political Philosophy*, in « Franciscan Studies », IX, 1949, pp. 335-369; W. KÖLMEL, *Wilhelm von Ockham und seine kirchenpolitischen Schriften*, Essen, Ludgerus Verlag, 1962; A.S. MCGRADE, *The Political Thought of William of Ockham: Personal and Institutional Principles*, Cambridge, Cambridge University Press, 1974. Sul pensiero politico di Ockham vedi anche: E. JACOB, *Ockham as a Political Thinker*, in « Bulletin of the John Ryland's Library », XX, 1936, pp. 332-353, ristampato in Id., *Essays in the Conciliar Epoch*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1963, pp. 85-105; R. SCHOLZ, *Wilhelm von Ockham als politischer Denker und sein Breviloquium de principatu tyrannico*, Leipzig, Hiersemann Verlag, 1944; J. MIETHKE, *Ockhams Weg zur Sozialphilosophie*, Berlin, De Gruyter, 1969; M. DAMIATA, *Guglielmo d'Ockham: povertà e potere*, vol. 2: *Il potere come servizio: dal principatus dominativus al principatus ministrativus*, Firenze, Studi Francescani, 1979; J. KILCULLEN, *The Political Writings*, in *The Cambridge Companion to Ockham*, a cura di P.V. Spade, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 302-325; T. SHOGIMEN, *Ockham and Political Discourse in the Late Middle Ages*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007. Per una storia della critica fino agli anni settanta vedi M. DAMIATA, *La politica di Guglielmo Ockham e i suoi interpreti moderni*, in « Studi Francescani », LXXII, 1975, pp. 181-261.

ricollocare gli scritti politici del maestro inglese nel contesto del dibattito medievale, ridimensionando l'influenza del nominalismo sull'elaborazione del pensiero politico.

La responsabilità maggiore della genesi di questo fraintendimento è probabilmente da attribuire a De Lagarde che per primo ha avallato l'interpretazione individualista di Ockham per mezzo di una confusa analogia fra nominalismo e atomismo sociale. Secondo De Lagarde la riflessione politica ockhamiana non è filosoficamente fondata — quantomeno non nel senso tradizionale in cui poteva esserlo il sistema politico di Tommaso D'Aquino —, ma costituisce la trasposizione nell'ambito politico e sociale della metafisica e dell'epistemologia individualiste che il *Venerabilis Inceptor* aveva sviluppato nel suo magistero accademico ⁽⁴⁸⁾. Su queste basi, diventa possibile leggere la rivendicazione di autonomia cognitiva che Ockham formula nella prima parte del *Dialogus* come un'espressione di ribellione anarchica contro le gerarchie consolidate della Chiesa e contro l'autorità del pontefice, concludendo che dall'opera politica del maestro francescano emerge l'istanza verso lo scatenamento, in nome della fede, di « un attivismo anarchico e disordinato di tutti i corpi ecclesiali » ⁽⁴⁹⁾.

È chiaro che un approccio di questo tipo si dimostra assolutamente limitativo e incapace di rendere giustizia dell'effettivo contenuto degli scritti ockhamiani, tanto più in quanto si fonda su un accostamento fra nominalismo e individualismo — che a partire da De Lagarde è stato ripetuto, con alcune variazioni, sia da Villey che da Bastit — del tutto privo di fondamento. Non c'è bisogno di scomodare la nota affermazione di Philoteus Boehner — secondo il

⁽⁴⁸⁾ Cfr. G. DE LAGARDE, *Guillaume d'Ockham: critique des structures ecclésiales*, cit., pp. 282 ss. La trattazione più esaustiva delle teorie metafisiche ed epistemologiche di Ockham è contenuta nella monumentale monografia di Marilyn McCord Adams: M. McCORD ADAMS, *William Ockham*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1989, 2 voll. Un eccellente compendio introduttivo, aggiornato alle più recenti prospettive ermeneutiche, è rappresentato dai saggi contenuti in *The Cambridge Companion to Ockham*, a cura di P.V. Spade, cit.

⁽⁴⁹⁾ G. DE LAGARDE, *Guillaume d'Ockham: critique des structures ecclésiales*, cit., p. 164. Per una critica dell'interpretazione di De Lagarde su questo punto cfr. A.S. McGRADE, *The Political Thought of William of Ockham*, cit., pp. 55-63.

quale ogni tentativo di « basare le idee politiche di Ockham sulla sua cosiddetta Metafisica, o di svilupparle a partire da questa [...] appare [...] piuttosto avventuroso e certamente come una costruzione dell'interprete »⁽⁵⁰⁾ — per rendersi conto che non esiste alcuna solida base per sostenere l'esistenza di un nesso fra metafisica nominalista ed elaborazione di un modello politico individualista. Per convincersene basta riconsiderare per un momento l'argomento che secondo De Lagarde dovrebbe legare nominalismo e individualismo⁽⁵¹⁾:

(1) Ockham adotta una metafisica nominalista, nella quale solo i concreti individui, e non anche gli universali, hanno esistenza; dunque, la sua teoria politica si risolve in una apologia dell'individuo contro le gerarchie sociali ed ecclesiastiche.

È chiaramente infondato: in primo luogo, Ockham non si è mai servito di premesse nominaliste nei suoi scritti politici per trarne conclusioni in favore dell'autonomia individuale⁽⁵²⁾. Inoltre, anche prescindendo dal dettato delle opere del maestro inglese, non esiste alcun legame logico tra negazione della realtà degli universali e critica delle gerarchie. Il rifiuto di riconoscere la realtà ontologica degli universali — e quindi il ritenere che i nomi collettivi siano il risultato di operazioni di astrazione mentale — è perfettamente compatibile con un apprezzamento positivo dell'« astratta » organizza-

⁽⁵⁰⁾ P. BOEHNER, *Ockham's Political Ideas*, cit., p. 445-446.

⁽⁵¹⁾ Cfr. G. DE LAGARDE, *Guillaume d'Ockham: critique des structures ecclésiales*, cit., pp. 282 ss.

⁽⁵²⁾ Questo punto è riconosciuto dallo stesso De Lagarde, che infatti tende piuttosto a presentare (1) come una sorta di principio inespresso che governa la trasposizione nell'ambito politico delle convinzioni metafisiche precedenti. In generale, i passi delle opere politiche nei quali emerge una qualche continuità con le opere metafisiche precedenti sono pochissimi. Uno dei più noti è il cap. 62 dell'*Opus nonaginta dierum*, laddove Ockham — peraltro in risposta a una precedente argomentazione di Giovanni XXII — afferma dell'Ordine dei frati minori: « Fratres sunt ordo et ordo est fratres. Ex quo sequitur evidenter quod ordo non est persona imaginaria et representata, sed ordo est verae personae reales » (*Opus nonaginta dierum*, in *Guillelmi de Ockham opera politica*, vol. II, cit., p. 569, trad. ingl. cit., p. 430).

zione gerarchica della Chiesa ⁽⁵³⁾. Dunque, si deve concludere che (1), oltre a essere del tutto sprovvisto di riscontri testuali, è anche poco plausibile come ipotetica strategia di argomentazione condotta sulla base di originali motivi ockhamiani ⁽⁵⁴⁾.

Per quanto riguarda la reinterpretazione del nesso tra nominalismo e individualismo suggerita da Villey e che va a collegare le intuizioni nominaliste del *Venerabilis Inceptor* con il suo supposto positivismo giuridico il discorso è leggermente più complesso. Proviamo a esplicitare, in primo luogo, l'argomento proposto da Villey ⁽⁵⁵⁾:

(2) Ockham adotta una metafisica nominalista, nella quale solo i concreti individui, e non anche gli universali, hanno esistenza; dunque, è portato a privilegiare un'interpretazione positivistica del diritto rispetto alla *forma mentis* del diritto naturale che si fonda sulla visione del mondo come un cosmo ordinato.

Anche questa argomentazione sembra, per più ragioni, ingiustificata. In primo luogo, la tesi di Villey sembra fondarsi su una concezione discutibile del diritto naturale. Villey argomenta che nella prospettiva del tomismo la razionalità della legge naturale rappresenta una conseguenza del fatto che il diritto di natura recepisce l'ordinamento razionale delle cose, contrapponendo a essa la concezione positivistica del diritto che emerge dagli scritti di Ockham. Non è sicuro, tuttavia, che Tommaso intendesse sostenere una tesi del genere. Secondo Germaine Grisez e John Finnis, per esempio, nel *corpus* dottrinale dell'Aquinate la strategia in base alla quale i doveri morali vengono fondati a partire dall'osservazione di leggi non morali osservabili in natura non è chiaramente espressa ed è comunque subordinata a un'altra tesi giusnaturalistica, secondo la

⁽⁵³⁾ Vedi anche A.S. McGRADE, *Ockham and the Birth of Individual Rights, in Authority and Power: Studies on Medieval Law and Government Presented to Walter Ullman in His Seventieth Birthday*, a cura di B. Tierney e P. Linehan, Cambridge, Cambridge University Press, 1980, pp. 149-165, particolarmente alle pp. 156 ss.

⁽⁵⁴⁾ Per una critica a De Lagarde vedi anche T. SHOGIMEN, *Ockham and Political Discourse in the Late Middle Ages*, cit., pp. 138 ss.

⁽⁵⁵⁾ M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., pp. 178 ss.

quale i principi fondamentali di condotta definiscono un ordine naturale in quanto esprimono un'esigenza razionale. Secondo Tommaso, dunque, l'ambito del diritto naturale coincide, in questa interpretazione, con quello dei precetti *per se nota*, vale a dire dei principi fondamentali della moralità che costituiscono verità autoevidenti, a partire dalle quali è possibile dedurre, servendosi della ragione e dell'esperienza, precetti ulteriori ⁽⁵⁶⁾.

Se questo è il modo corretto di intendere la teoria del diritto naturale elaborata da Tommaso d'Aquino — diritto naturale non perché si fonda su un'analogia tra leggi naturali e norme di condotta ma perché si serve della *ragione naturale* come strumento essenziale per la deduzione dei principi pratici —, non ci sono ragioni per sostenere che Ockham si contrapponga a tale teoria ⁽⁵⁷⁾. Infatti, contrariamente a quanto afferma (2), è semplicemente falso che negli scritti politici ockhamiani prevalga una visione positivista del diritto. Al contrario, alcuni contributi recenti hanno messo in luce come, a partire dal *Dialogus* ⁽⁵⁸⁾, sia possibile ricostruire una teoria razionalistica del diritto naturale perfettamente in accordo con l'insegnamento tradizionale e con le concezioni sviluppate dai canonisti del secolo precedente ⁽⁵⁹⁾. Molti autori, a questo proposito, hanno parlato di « razionalismo ockhamiano » per indicare una li-

⁽⁵⁶⁾ Sul tema vedi G. GRISEZ, *The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae I-II, question 94, article 2*, in « Natural Law Forum », X, 1965, pp. 168-201; J. FINNIS, *Aquinas*, cit., pp. 86 ss.

⁽⁵⁷⁾ Ciò non significa ovviamente che scompaia ogni differenza tra la dottrina dell'Aquinate e quella del *Venerabilis Inceptor*. Per limitarsi a un esempio particolarmente significativo, mentre per Ockham Dio può contravvenire ai precetti di diritto naturale che egli stesso ha posto — come quando ingiunge ad Abramo di sacrificare Isacco —, secondo l'Aquinate si deve ritenere che Dio non possa violare la legge di natura, perché questa costituisce un ordinamento *intrinsecamente* giusto.

⁽⁵⁸⁾ Vedi in particolare la trattazione delle varie specie di diritto naturale in *Dialogus* pars III, tract. II, liber 1, cap. 15 e in *Dialogus* pars III, tract. II, liber 3, cap. 6. Per il testo del *Dialogus* vedi l'edizione critica *in progress* condotta da John Kilcullen, George Knysh e John Scott, disponibile sul sito della British Academy all'url <http://www.britac.ac.uk/pubs/dialogus/ockdial.html>.

⁽⁵⁹⁾ Vedi in particolare J. KILCULLEN, *Natural Law and Will in Ockham*, in « History of Philosophy Yearbook », I, 1993, pp. 1-25, ristampato in *A Translation of William of Ockham's Work of Ninety Days*, cit., vol. 2, pp. 851-882. Sul tema vedi anche: F. OAKLEY, *Medieval Theories of natural Law: William of Ockham and the Significance*

nea argomentativa ricorrente soprattutto negli scritti politici del *Venerabilis Inceptor* e che consiste in una dottrina della derivabilità delle norme di condotta per via razionale a partire da precetti fondamentali autoevidenti. D'altra parte, anche se si ritiene che la teoria sviluppata dall'Aquinate vada ricostruita sulla base della lettura tradizionale ⁽⁶⁰⁾, *non ci sono ragioni per estendere tale lettura anche a Ockham*. Al contrario, l'idea sostenuta da Finnis e Grisez secondo la quale i principi fondamentali della moralità sono precetti *per se nota* sembra del tutto pertinente rispetto all'esegesi della dottrina ockhamiana dello *ius naturale*.

Secondariamente, non è nemmeno chiaro perché la svolta nominalista dovrebbe pregiudicare, come sembra ritenere Villey, l'applicazione del diritto naturale come metodo generale per ricavare norme dall'osservazione del mondo visto come un cosmo ordinato. Villey sembra ritenere che l'impostazione nominalista della metafisica ockhamiana introduca uno scarto rispetto alla concezione tomista del diritto naturale ⁽⁶¹⁾, nel senso che dalla negazione della realtà degli universali *in re* come essenze degli individui segue l'impossibilità di dedurre dalla conoscenza degli enti le leggi che li ri-

of the Voluntarist Tradition, in « Natural Law Forum », VI, 1961, pp. 65-83; B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali*, cit., pp. 252 ss.; A.S. MCGRADE, *Natural Law and Moral Omnipotence*, in *The Cambridge Companion to Ockham*, a cura di P.V. Spade, cit., pp. 273-301.

⁽⁶⁰⁾ Come è noto, l'interpretazione tradizionale — neotomista — combina la concezione dello stoicismo greco con il teleologismo aristotelico. In base a essa i doveri morali vengono fondati a partire dall'osservazione di leggi non morali osservabili in natura: l'universo è un cosmo ordinato all'interno del quale ciascun individuo possiede una tendenza naturale, che ha il dovere di assecondare, a realizzare il proprio « funzionamento ottimale ». Vedi: R. MCINERNEY, *Aquinas on Human Action. A Theory of Practice*, Washington, Catholic University of America Press, 1992; A.J. LISSKA, *Aquinas's Theory of Natural Law: An Analytic Reconstruction*, Oxford, Oxford University Press, 1996; R. MCINERNEY, *Ethica Thomistica: The Moral Philosophy of Thomas Aquinas*, Washington, Catholic University of America Press, 1997.

⁽⁶¹⁾ Anche le differenze tra la teoria ockhamiana degli universali e la prospettiva tommasiana non andrebbero comunque sopravvalutate. Per una discussione approfondita dell'ontologia di Ockham vedi M. MCCORD ADAMS, *William Ockham*, cit., vol. 1, capp. 1-9. Sui limiti del nominalismo di Ockham vedi anche P.V. SPADE, *Ockham's Nominalist Metaphysics*, in *The Cambridge Companion to Ockham*, a cura di P.V. Spade, cit., pp. 100-117.

guardano ⁽⁶²⁾. In altre parole, ciò significherebbe che le leggi naturali che vincolano gli individui non sono più deducibili dalla conoscenza della natura degli individui stessi. Ma questo sembra essere un *non sequitur*: il passaggio dall'ontologia realista a quella nominalista non comporta l'annullamento delle leggi che regolano il mondo naturale, ma semplicemente la loro traduzione in un linguaggio privo di riferimenti a essenze universali. E d'altro canto, se le norme in questione sono il risultato astrazioni condotte a partire dall'osservazione della realtà esterna, si potrebbe sostenere, al contrario, che la dottrina metafisica ed epistemologica sviluppata da Ockham, abbandonando la macchinosa teoria delle *species* conoscitive elaborata dal tomismo e incentrandosi sulle naturali capacità astrattive di cui l'intelletto è dotato ⁽⁶³⁾, possa fornire un supporto ugualmente valido alla riproduzione del metodo del diritto naturale ⁽⁶⁴⁾.

In definitiva, comunque si ricostruisca la dottrina del diritto

⁽⁶²⁾ Questo argomento è stato recentemente ripetuto da Luca Parisoli. Vedi L. PARISOLI, *Volontarismo e diritto soggettivo*, cit., p. 122.

⁽⁶³⁾ Per una presentazione dell'epistemologia di Ockham vedi i saggi di Eleonore Stump ed Elizabeth Karger in *The Cambridge Companion to Ockham*, a cura di P.V. Spade, cit.: E. STUMP, *The Mechanisms of Cognition: Ockham on Mediating Species*, pp. 168-203; E. KARGER, *Ockham's Misunderstood Theory of Intuitive and Abstractive Cognition*, pp. 204-226.

⁽⁶⁴⁾ In questo senso sembra esprimersi anche Marilyn McCord Adams in M. MCCORD ADAMS, *Ockham on Will, Nature and Morality*, in *The Cambridge Companion to Ockham*, a cura di P.V. Spade, cit., pp. 245-272, specialmente alle pp. 246-249.

In altre pagine Villey sembra fornire un'argomentazione leggermente diversa, fondando la propria inferenza sull'opinione, comune a diversi interpreti, che l'insegnamento metafisico ed epistemologico di Ockham anticipi la metodologia sperimentale che contraddistinguerà la rivoluzione della scienza galileiana. Più precisamente, secondo questa ricostruzione la riflessione del *Venerabilis Inceptor* in metafisica e in epistemologia avrebbe tracciato la strada al materialismo e all'empirismo del diciassettesimo secolo, contribuendo ad eclissare quelle modalità di interrogazione della natura che rinviano in ultima analisi all'approccio « qualitativo » aristotelico al mondo naturale. Se si accetta questa interpretazione se ne può dedurre, così almeno sembra ritenere Villey, l'incompatibilità della riflessione giuridica ockhamiana rispetto alle coordinate ermeneutiche del diritto naturale, incentrate proprio sulla visione tradizionale della natura come un cosmo ordinato, legittimando per contrasto la caratterizzazione di Ockham come filosofo del diritto positivo (cfr. M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., pp. 178 ss.). A questa ricostruzione si può rispondere ricor-

naturale, l'argomentazione proposta con (2) conduce a un esito fallimentare. Dunque, dal momento che nessuno dei due modelli argomentativi che sono stati analizzati resiste a un esame critico accurato, sembra ragionevole ritenere che la questione del rapporto tra l'Ockham delle opere filosofiche e l'Ockham degli scritti politici vada risolta nel senso di riconoscere l'indipendenza delle dottrine sostenute dal filosofo francescano nei due ambiti di indagine ⁽⁶⁵⁾.

Questa conclusione appare anche coerente con la scansione temporale e biografica dell'opera ockhamiana. Come è noto, infatti, una profonda frattura separa la composizione delle opere filosofiche da quella degli scritti politici: fino al 1328 Ockham si dedica esclusivamente alla composizione di opere filosofiche e teologiche, senza che nessuno dei temi trattati in quei lavori lasci presagire la successiva svolta nella sua produzione; a partire dalla sua precipitosa fuga da Avignone, consumata nell'urgenza della controversia sulla povertà, invece, si applicherà quasi esclusivamente alla redazione di scritti politici ed ecclesiologici. Ne deriva una scissione molto netta tra le due fasi della produzione del francescano, tale da rendere problematico ogni tentativo di stabilire corrispondenze precise tra i contenuti delle opere filosofiche e politiche. Più ancora, l'esistenza di questa spaccatura legittima, al contrario, un'interpretazione degli scritti politici che faccia leva sugli elementi con-

dato che secondo la critica più recente dal sistema ockhamiano non sembra emergere un metodo complessivo di rappresentazione della natura realmente alternativo al quadro aristotelico. Da questo punto di vista, Ockham rimane un originale commentatore di Aristotele, senza che le novità della sua metafisica si concretizzino in un impianto teorico capace di anticipare la svolta quantitativa della scienza sperimentale. Anche in questo caso, la novità maggiore della reinterpretazione ockhamiana della fisica aristotelica sembra consistere in uno sforzo di traduzione nominalista del sistema dello Stagirita. Per questo motivo, ancora più arbitraria appare l'estensione di questo schema di argomentazione all'ambito del diritto naturale, un campo di indagine nella discussione del quale Ockham si serve quasi esclusivamente di fonti e definizioni tratte dal *corpus* del diritto canonico, guardandosi bene dall'introdurre l'apparato teorico che aveva sviluppato in altri settori di ricerca. In proposito vedi A. GODDU, *The Physics of William of Ockham*, Leiden, Brill, 1984; Id., *Ockham's Philosophy of Nature*, in *The Cambridge Companion to Ockham*, a cura di P.V. Spade, cit., pp. 143-167.

⁽⁶⁵⁾ Per una conclusione analoga vedi A.S. McGRADE, *The Political Thought of William of Ockham*, cit., pp. 199.

testuali del dibattito nel corso del quale questi sono stati redatti. Anche per questo motivo l'immagine di un Ockham teorico dell'individualismo — che, come ho cercato di mostrare, si fonda prevalentemente su un artificioso accostamento tra nominalismo filosofico e riflessione politica — appare scarsamente plausibile. Se si cerca di ricollocare il profilo del filosofo inglese nel contesto dottrinale, politico e giuridico del suo tempo, restituendo alle opere del periodo monacense il loro carattere specifico di lavori redatti sotto la spinta di un obiettivo polemico, prima ancora che politico-teorico, la lettura individualistica non risulta più sostenibile perché vengono a mancare i nessi con la produzione accademica precedente: per l'Ockham che si proponeva di sostenere la causa dell'Ordine francescano prima e dell'imperatore Ludovico il Bavaro poi, non era tanto importante la possibilità di mettere a profitto le acquisizioni logiche e metafisiche discusse durante il suo magistero filosofico quanto misurarsi sul terreno del diritto canonico per cercare l'assenso dei *doctores* della comunità ecclesiale ⁽⁶⁶⁾.

4. *Volontarismo o razionalismo?*

Da questo punto di vista, anche il rilievo del supposto volontarismo etico di Ockham, che acquista un'importanza prominente nella lettura di Villey, andrebbe probabilmente ridimensionato, se non altro perché si fonda su un'interpretazione, anche in questo caso, unilaterale dei testi. Del resto, l'importanza dei motivi volontaristici nella filosofia morale ockhamiana è stato, dalla critica più recente, tendenzialmente ridotto ⁽⁶⁷⁾. John Kilcullen, per esempio, in uno studio sul rapporto tra diritto naturale e volontà in Ockham,

⁽⁶⁶⁾ Ivi, pp. 59 ss.

⁽⁶⁷⁾ Per una presentazione della teoria morale ockhamiana, con particolare riferimento alla questione del volontarismo vedi D.W. CLARK, *Voluntarism and Rationalism in the Ethics of Ockham*, cit.; L. URBAN, *William of Ockham's Theological Ethics*, in « Franciscan Studies », XXXIII, 1973, pp. 310-350; M. McCORD ADAMS, *The Structure of Ockham's Moral Theory*, in « Franciscan Studies », XLVI, 1986, pp. 1-35; L. FREPERT, *The Basis of Morality According to William Ockham*, Chicago, Franciscan Herald Press, 1988; J. KILCULLEN, *Natural Law and Will in Ockham*, cit.; P. KING, *Ockham's Ethical Theory*, in *The Cambridge Companion to Ockham*, a cura di P.V. Spade, cit., pp.

ha sostenuto che il maestro inglese può essere definito volontarista solo se per volontarismo si intende la tesi, comune anche a Hobbes — e, secondo alcune interpretazioni persino a Locke ⁽⁶⁸⁾ —, che la legge di natura è vincolante in quanto imposta dal volere di Dio. Non è volontarista, invece, se per volontarismo si intende la posizione secondo la quale il *contenuto* della legge di natura è determinato dalla volontà di Dio. Da questo punto di vista, infatti, dal momento che per Ockham i precetti morali fondamentali sono deducibili per mezzo della retta ragione a partire da principi autoevidenti ⁽⁶⁹⁾, la filosofia

227-244; A.S. McGRADE, *Natural Law and Moral Omnipotence*, cit.; J. COLEMAN, *Ockham's Right Reason and the Genesis of the Political as "Absolutist"*, in « History of Political Thought », XX, 1999, pp. 36-64; H.H. BLEAKLEY, *Some Additional Thoughts on Ockham's Right Reason: An Addendum to Coleman*, in « History of Political Thought », XXI, 2000, pp. 565-605.

⁽⁶⁸⁾ Vedi A. TUCKNESS, *The Coherence of a Mind: John Locke and the Law of Nature*, in « Journal of the History of Philosophy », XXXVII, 1999, pp. 73-90.

⁽⁶⁹⁾ Vedi la distinzione tra morale positiva e non positiva in *Quodlibeta septem*, II, q. 14: « Scientia moralis positiva est illa quae continet leges humanas et divinas, quae obligant ad prosequendum vel fugiendum illa quae nec sunt bona nec mala nisi quia sunt prohibita vel imperata a superiore [...]. Scientia moralis non positiva est illa quae sine omni praecepto superioris dirigit actus humanos; sicut principia per se nota vel nota per experientiam sic dirigunt [...]. Sed disciplina moralis non positiva est scientia demonstrativa. Probo, quia notitia deducens conclusiones syllogistice ex principiis per se notis vel per experientiam scitis est demonstrativa; huiusmodi est disciplina moralis, igitur etc. » (*Quodlibeta septem*, II, q. 14, in *Guillelmi de Ockham opera theologica*, vol. IX, a cura di J.C. Wey, St Bonaventure, The Franciscan Institute, 1980, p. 177, trad. ingl. *Quodlibetal Questions*, a cura di A.J. Freddoso e F.E. Kelley, New Haven, Yale University Press, 1991, p. 149). Vedi anche, in risposta all'osservazione di diversi commentatori secondo i quali i principi morali autoevidenti posseggono unicamente carattere formale, *Dialogus* pars III, tract. II, liber 1, cap. 15, in cui Ockham offre il divieto di uccidere un innocente come esempio di principio morale autoevidente: « Respondetur quod iura naturalia reperiuntur in triplici differentia. Quaedam enim sunt principia per se nota, vel a talibus principiis in moralibus per se notis sequuntur vel sumuntur; et circa talia iura naturalia nemo potest errare vel etiam dubitare. Ipsa tamen ignorare potest, quia potest de ipsis non cogitare et nunquam cogitasse; et talis ignorantia neminem excusat, quia talia iura naturalia, licet quis antea nunquam cogitaverit ea, statim occurrunt quando secundum ea aliquis tenetur facere aliquid vel omittere, nisi absque omni deliberatione et regula rationis velit quis ad actum procedere vel actum talem omittere; quare ignorantia talis iuris in tali casu ex damnabili negligentia vel contemptu procedit, et ideo non excusat. Si enim quis ex aliqua occasione temptatur occidere aliquem innocentem qui nunquam nocuit, statim, si deliberare velit, etiam breviter, an de-

morale di Ockham appare dominata da un'ispirazione francamente razionalista ⁽⁷⁰⁾.

Inoltre, nota ancora Kilcullen, l'idea che Dio imponga dei comandi arbitrari non regge anche perché per Ockham ragione e volontà si identificano in Dio. Certamente, per Ockham le norme di diritto naturale non positivo, vale a dire le norme di quella parte del diritto naturale che è costituito da precetti ricavati per via razionale, possono essere contravvenute dietro un esplicito comando di Dio — come nel caso in cui Dio ingiunge ad Abramo di sacrificare l'innocente Isacco ⁽⁷¹⁾. Da ciò non segue, tuttavia, che le norme del diritto naturale razionale valgano *unicamente perché in accordo con il comando di Dio*, come alcuni interpreti hanno preteso di ricavare da un tormentato passaggio della *Reportatio in secundum librum Sententiarum*.

Analogamente, Arthur Stephen McGrade ha evidenziato come la tensione tra temi volontaristici e razionalistici nella filosofia morale di Ockham sia più apparente che reale, dal momento che esistono alcuni precisi indizi nella teoria etica del francescano su come riconciliare questi due aspetti. Per esempio, possiamo ritenere che il metodo stesso del diritto naturale non si ponga automaticamente in contrasto con il principio volontarista secondo il quale le norme di condotta derivano da comandi di Dio: per apprezzare questo punto è sufficiente considerare la categoria di « comando divino tacito », introdotta da McGrade per indicare la circostanza che Dio

beat ipsum occidere, occurret quod non debet ipsum occidere; et ideo, si absque omni deliberatione ipsum occidit, talis ignorantia ipsum non excusat. ».

⁽⁷⁰⁾ J. KILCULLEN, *Natural Law and Will in Ockham*, cit.

⁽⁷¹⁾ Questo esempio ricorre sia nella *An princeps* che nel *Breviloquium de principatu tyrannico*, ma viene impiegato da Ockham per ribadire la generale inviolabilità, anche da parte del papa, dei precetti del diritto naturale, cui solo Dio può contravvenire. Cfr. *An princeps*, cap. 5, in *Guillelmi de Ockham opera politica*, vol. I, a cura di H.S. Offler et al., Manchester, Manchester University Press, 1974, pp. 223-271, trad. it. in G. D'OCKHAM, *La spada e lo scettro. Due scritti politici*, a cura di S. Simonetta, Milano, Rizzoli, 1997, pp. 38-195, p. 99; *Breviloquium de principatu tyrannico*, lib. 2, cap. 14, in *Guillelmi de Ockham opera politica*, vol. IV, a cura di H.S. Offler, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 79-260, trad. it. *Breve discorso sul governo tirannico*, a cura di A. Ghisalberti e A. Salerno, Milano, Edizioni Biblioteca Francescana, 2000, p. 93.

può aver scelto di esprimere la propria volontà conferendo una certa organizzazione alla natura e alla ragione naturale (72). Se si ammette che Dio possa aver formulato la propria volontà in maniera indiretta, dotando l'uomo di capacità razionali che gli consentono di ricavare certe norme di condotta e, più in generale attraverso una complessiva regolazione della natura, diventa anche possibile reintegrare il versante razionalistico e quello volutaristico dell'etica ockhamiana (73).

Se si tiene fede a queste considerazioni, sembra che residui veramente poco spazio per la tesi di Villey secondo la quale Ockham, guidato dalle sue intuizioni volutariste, si trovò a formulare una teoria positivista del diritto, in cui tutte le norme giuridiche sono trattate alla stregua di comandi emanati da un'autorità (74). Anche in questo caso Villey contrappone il positivismo volutarista di Ockham al diritto naturale come metodo per ricavare norme dall'osservazione dell'ordine del cosmo. L'argomento del filosofo francese si può forse parafrasare dicendo che il volutarismo di Ockham è incompatibile con l'idea che sia possibile dedurre le norme di condotta dall'ordinamento naturale del mondo, perché nella prospettiva volutarista il mondo normativo non è più *sopraveniente* sull'ordine naturale. Dio nell'imporre le sue norme alla creazione ha compiuto una scelta volontaria ulteriore rispetto a quella con la quale ha disposto le leggi naturali che regolano il cosmo, dunque non è pensabile che le prime siano deducibili dalle seconde. Questa ricostruzione si scontra tuttavia con le coordinate

(72) Questa idea, però, era già stata anticipata da Freppert. Vedi L. FREPPERT, *The Basis of Morality According to William Ockham*, cit., pp. 178-179.

(73) Cfr. A.S. MCGRADE, *Natural Law and Moral Omnipotence*, cit., pp. 274-279. Vedi anche J. COLEMAN, *Ockham's Right Reason and the Genesis of the Political as « Absolutist »*, cit., specialmente alle pp. 63-64. Si noti che mentre Kilcullen segue l'interpretazione della legge naturale di Grisez e Finnis, McGrade non menziona la teoria neoclassica del diritto naturale, per cui si può assumere che si attenga alla ricostruzione tradizionale.

(74) Questa lettura è espressamente negata da Freppert: « A Ockham non può essere attribuito un positivismo divino in ambito morale, in accordo al quale lo statuto morale di ogni atto umano è determinato unicamente dalla volontà di un Dio onnipotente che esprime un certo comando o proibizione » (L. FREPPERT, *The Basis of Morality According to William Ockham*, cit., p. 176).

razionalistiche della dottrina ockhamiana del diritto naturale che sono state evidenziate da Kilcullen e McGrade: se si accetta che nella prospettiva di Ockham il contenuto del diritto naturale sia — almeno in parte — deducibile per via razionale non si può sostenere che la scelta divina dei precetti da seguire sia totalmente scollegata dal resto della creazione: quantomeno, questa scelta deve essere in qualche modo *coordinata* con la dotazione razionale degli uomini. Ne segue che il volontarismo non pregiudica l'applicazione del metodo del diritto naturale e dunque non è possibile argomentare a favore del supposto positivismo giuridico di Ockham sulla base del suo volontarismo etico ⁽⁷⁵⁾.

Da ciò non segue, tuttavia, che, su questo punto, le differenze tra la visione ockhamiana e quella della prospettiva tomista siano inesistenti. Un modo perspicuo per far risaltare queste differenze è, a mio avviso, proprio in termini di sopravvenienza. Secondo Tommaso le proprietà morali sopravvengono su quelle non morali ⁽⁷⁶⁾. Tuttavia, si può forse aggiungere che per Tommaso le proprietà morali sopravvengono *necessariamente* su quelle non morali. Non solo Dio attraverso la *lex aeterna* ha impresso di fatto al cosmo un ordinamento del quale le proprietà morali costituiscono una proiezione: il rapporto di sopravvenienza tra ordinamento morale e non morale è un rapporto necessario, nel senso che in ogni mondo possibile creato da Dio, le proprietà morali costituiranno un riflesso dell'intrinseca razionalità del progetto divino. Per Ockham questo vincolo più forte non sussiste. Per quanto Dio nel mondo attuale

⁽⁷⁵⁾ In proposito vedi anche le osservazioni di McGrade su diritto naturale e comando divino tacito. Per una presentazione del concetto di sopravvenienza vedi B. McLAUGHLIN, K. BENNETT, *Supervenience*, in *The Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, a cura di E.N. Zalta, Fall 2006 Edn, <http://plato.stanford.edu/archives/fall2006/entries/supervenience/>.

⁽⁷⁶⁾ Questo punto — esplicito nell'interpretazione neotomista della legge naturale, ma conciliabile, credo, anche con la lettura di Grisez e Finnis — è argomentato da Eleonore Stump nella sua monografia sull'Aquinate. Cfr. E. STUMP, *Aquinas*, London, Routledge, 2003, pp. 71-72. Si può aggiungere che si tratterebbe, in questo caso, di quella che, in termini tecnici, viene indicata come sopravvenienza globale: si ha sopravvenienza globale delle proprietà morali su quelle non morali se e solo se dati due mondi indiscernibili rispetto alle proprietà non morali, tali mondi sono indiscernibili anche rispetto alle proprietà morali.

abbia espresso dei comandi consonanti con la ragione naturale ⁽⁷⁷⁾ — salvo prescrivere, in casi eccezionali, la loro violazione — non era in alcun modo vincolato al rispetto di questo legame. Perciò poteva senza dubbio creare un mondo nel quale la retta ragione fornisse delle indicazioni non attendibili rispetto all'individuazione dei comandi divini ⁽⁷⁸⁾: un mondo, per esempio, nel quale l'omicidio, il furto o l'adulterio fossero azioni meritorie. Pertanto, se le proprietà morali sono nel mondo attuale, sopravvenienti su certe proprietà non morali, non segue che questo legame sia necessario.

D'altra parte, proprio il fatto che sia possibile immaginare che Dio comandi azioni che a noi sembrano ingiuste ribadisce, paradossalmente, l'idea che nel mondo attuale moralità e razionalità rimangono comunque strettamente collegate ⁽⁷⁹⁾. Se la retta ragione non

⁽⁷⁷⁾ « Ockham insiste sulla assunzione controversa che è sufficiente per la coerenza della teoria morale che i due criteri per l'azione morale virtuosa, retta ragione e comando divino, *nei fatti* producano risultati estensionalmente equivalenti. Dio in effetti comanda alle creature razionali di seguire i dettami della retta ragione e infatti premia l'aderenza alla retta ragione e la partecipazione sacramentale alla vita eterna. Le due norme potrebbero separarsi ma questo non succede e non succederà! » (M. McCORD ADAMS, *Ockham on Will, Nature and Morality*, cit., p. 266, corsivo nel testo).

⁽⁷⁸⁾ A questo proposito, McGrade sembra invece ritenere che Dio, nel caso in cui intenda modificare i propri decreti, non potrebbe farlo senza modificare l'ordine sottostante del creato o senza intervenire con un comando espresso. Vedi A.S. McGRADE, *Natural Law and Moral Omnipotence*, cit., pp. 278-279. Mi sembra però che questa opinione sia eccessivamente restrittiva, se si tiene conto della dottrina ockhamiana secondo la quale Dio può fare tutto ciò che non comporta contraddizione.

⁽⁷⁹⁾ Un punto importante, sul quale non posso soffermarmi adeguatamente, è costituito dal rapporto di questa tesi con la famosa dottrina ockhamiana secondo la quale virtuosi o viziosi sono propriamente soltanto gli atti di volontà e non i comportamenti nei quali essi si estrinsecano (cfr. *Quodlibeta septem*, I, q. 20, in *Guillelmi de Ockham opera theologica*, vol. IX, cit., pp. 100-106, trad. ingl. cit., pp. 85-90. Vedi anche L. FREPPERT, *The Basis of Morality According to William Ockham*, cit., pp. 38 ss.; P. KING, *Ockham's Ethical Theory*, cit., pp. 229-231). In estrema sintesi, e senza alcuna pretesa di risolvere questo importante problema, si può dire che dalla tesi della neutralità dell'atto esterno non segue che le singole azioni non possano essere classificate dalla retta ragione in relazione alla loro bontà *ex genere* (« Aliquis actus est bonus ex genere vel malus [...] Exemplum [...] quantum ad actum bonum ex genere [...] dare elemosinam [...] Exemplum quantum ad actum malum ut furtum facere velle fornicari absolute sine aliqua circumstantia bona vel mala, de quibus dicunt philosophi et sancti quod statim nominata convoluti sunt cum malitia », *Quaestiones in librum tertium Sententia-*

costituisse, nella generalità dei casi, una guida affidabile nel campo della moralità non ci sarebbe nulla di straordinario nell'ipotesi che Dio possa comandare il furto o l'omicidio: è proprio perché la ragione ci indica quegli atti come ingiusti che il comando di Dio ad Abramo di sacrificare Isacco o agli ebrei di depredate i campi degli egiziani richiede di essere riconciliato con l'intuizione comune⁽⁸⁰⁾. Del resto, non dovrebbe passare in secondo piano che gli episodi biblici sui quali Ockham e i suoi contemporanei si affaticavano restano comunque dei casi isolati, che non fanno venir meno la concezione medievale del legame tra ragione e moralità⁽⁸¹⁾.

Infine, anche a prescindere dal problema della astratta compatibilità tra motivi volontaristici e motivi razionalistici, questi ultimi appaiono decisamente preponderanti nell'ambito delle opere politiche. Non solo dall'opera filosofica e teologica di Ockham, come sostengono alcuni interpreti⁽⁸²⁾, è possibile estrapolare due punti di vista divergenti sui fenomeni morali, uno dei quali rimanda al comando di Dio come norma assoluta dell'agire pratico, mentre l'altro è incentrato sul ruolo della ragione naturale, ma questo solco si approfondisce nel passaggio alla seconda fase della produzione ockhamiana. Per quanto Ockham avesse esplorato i problemi connessi alla volontà e alla *potestas absoluta* di Dio in rapporto alla

rum, q. 12, sect. N, in *Guillelmi de Ockham opera theologica*, vol. VI, a cura di F.E. Kelly e G.I. Etzkorn, St Bonaventure, The Franciscan Institute, 1982, p. 422. Vedi anche A.S. McGRADE, *The Political Thought of William of Ockham*, cit., pp. 190-191).

⁽⁸⁰⁾ Cfr. anche P. KING, *Ockham's Ethical Theory*, cit., p. 239, che evidenzia la reticenza di Ockham a concludere, a partire dall'esempio biblico, che Dio può ordinare qualsiasi comportamento.

⁽⁸¹⁾ È interessante notare che l'idea dell'esistenza di un legame di questo tipo e della definizione di una classe di comportamenti *naturalmente ingiusti* si ripropone anche presso gli assertori contemporanei della teoria del volontarismo teologico nello studio della morale. Vedi in proposito il *survey* di Philip Quinn: PH.L. QUINN, *Divine Command Theory*, in *The Blackwell Guide to Ethical Theory*, a cura di H. LaFollette Oxford, Blackwell, 2000, pp. 53-73, specialmente alle pp. 69-71. Secondo Quinn il volontarista può replicare all'accusa di rendere la morale arbitraria appellandosi alla distinzione tra atti giusti e ingiusti ma può anche accettare l'accusa, proprio sulla scorta dell'esempio biblico delle immoralità attribuite ai patriarchi. Tuttavia, questa seconda risposta rimane, a giudizio di Quinn, « meno plausibile ».

⁽⁸²⁾ Vedi soprattutto L. FREPPERT, *The Basis of Morality According to William Ockham*, cit., cap. 6.

materia morale nei suoi lavori precedenti, negli scritti politici i percorsi argomentativi che avrebbero potuto toccare questi versanti vengono sistematicamente evitati⁽⁸³⁾. Se l'Ockham del periodo oxoniense poteva apparire come un pensatore volontarista, nell'Ockham delle opere politiche prevale senz'altro il lato del razionalismo morale⁽⁸⁴⁾. E le ragioni di questo spostamento di attenzione sono facili da comprendere. Ockham aveva tutto l'interesse a minimizzare i profili volontaristici perché un'enfasi eccessiva su quelle tematiche avrebbe portato acqua alle tesi ierocratiche che si proponeva di combattere. Se Ockham avesse voluto trarre le conseguenze delle sue riflessioni precedenti sull'arbitrarietà del potere di Dio elaborando una teoria del diritto volontarista avrebbe trovato nelle glosse al *Decretum* numerose basi per appoggiare le sue deduzioni⁽⁸⁵⁾. Ma si trattava di fonti che andavano nella direzione opposta rispetto alle tesi che egli intendeva sostenere, enfatizzando analogicamente il potere arbitrario del papa. Per questo motivo i suoi riferimenti giuridici si mossero nel senso contrario, sottolineando soprattutto gli aspetti di intrinseca razionalità del diritto naturale⁽⁸⁶⁾, senza contraddire in maniera esplicita il suo insegnamento precedente ma costruendo un quadro complessivo nel quale all'elemento razionale viene attribuito maggiore spazio che a quello volontaristico⁽⁸⁷⁾.

(83) Tanto che nell'introduzione alla sua monografia sull'etica ockhamiana Lucan Freppert può asserire apertamente di aver trascurato le opere politiche del *Venerabilis Inceptor*, sostenendo che in quelle opere le questioni etiche vengono sollevate in maniera meramente incidentale. Cfr. *ivi*, pp. 10-12.

(84) Cfr. A.S. McGRADE, *The Political Thought of William of Ockham*, cit., pp. 175-176, pp. 189 ss.

(85) Cfr. B. TIERNEY, *Origini del linguaggio dei diritti naturali*, cit., p. 285. Vedi anche A.S. McGRADE, *Natural Law and Moral Omnipotence*, cit., pp. 288-292.

(86) Vedi nuovamente *Dialogus*, pars III, tract. II, lib. 3, cap. 6.

(87) A questo proposito, andrebbe menzionata anche la trattazione dell'eresia nella prima parte del *Dialogus*. In quella sede Ockham tratta il problema dell'eresia in maniera « razionalistica », opponendosi all'opinione, prevalente ai suoi tempi, secondo la quale la definizione dell'eresia seguiva unicamente dal pronunciamento delle autorità religiose competenti. Per Ockham, invece, il riconoscimento dei casi in cui si ha eresia è materia riservata all'accertamento dei teologi e l'eresia stessa segue da una contrapposizione *oggettiva* alla verità cattolica. Sul tema vedi: A.S. McGRADE, *The Political*

5. *Diritti soggettivi e potestas.*

Rimane a questo punto da esplorare la questione della definizione di *ius* come *potestas*, che Villey poneva al centro della sua raffigurazione di un Ockham precursore dell'individualismo liberale. In relazione a questo problema, le ricerche di Tierney, che hanno permesso di scoprire tutta una serie di antecedenti canonistici alla supposta rivoluzione ockhamiana, sono probabilmente decisive. Il fatto che, come ricordavo anche in precedenza, la definizione di *ius* come *vis* o come *potestas* fosse stata anticipata da alcuni dei maggiori canonisti del secolo precedente, in un contesto nel quale il riferimento ai diritti veniva impiegato non per costruire una sfera di autonomia e di tutela rispetto a poteri esterni ma per avanzare istanze redistributive nell'interesse dei più deboli, permette, a mio avviso, di bloccare immediatamente la tesi di Villey secondo la quale l'emersione del significato soggettivo di *ius* ha rappresentato il punto di svolta verso l'affermazione di una visione più individualistica della politica e del diritto.

In effetti, non c'è nessuna necessità di interpretare la definizione ockhamiana in questi termini. Al contrario, due studi recenti hanno indicato una costellazione semantica del tutto diversa da quella ipotizzata dallo studioso francese. Maximiliane Kriechbaum, per esempio, ha sostenuto che l'interpretazione di Villey è inaccettabile perché non tiene in debito conto il significato specifico che il termine « *potestas* » aveva al tempo di Ockham. Infatti, mentre Villey, quando si riferisce a Ockham come all'inventore della nozione di « diritto soggettivo », aveva in mente la definizione di diritto in termini di potere data da Savigny, per Ockham, come per gli altri autori del suo periodo, la parola « *potestas* » non aveva il significato attuale ma era pressoché equivalente a « *potentia* », in senso aristotelico, e si riferiva alla possibilità di instaurare una procedura giuridica ⁽⁸⁸⁾. Analogamente, Annabel Brett ha sottolineato come uno

Thought of William of Ockham, cit., cap. 2; T. SHOGIMEN, *Ockham and Political Discourse in the Late Middle Ages*, cit., cap. 2, specialmente alle pp. 85 ss.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. M. KRIECHBAUM, *Actio, ius und dominium in den Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhunderts*, Ebelsbach, Aktiv Druck und Verlag, 1996, pp. 14 ss. L'interpre-

degli argomenti sviluppati da Ockham nell'*Opus nonaginta dierum* si fonda sull'opposizione tra *usus facti* e *ius utendi*, dove la dicotomia *usus/ius* sottende una corrispondente dicotomia tra *actus* e *potestas*. In questo modo « Ockham sviluppa la nozione di diritto come potenziale soggettivo di una azione umana »⁽⁸⁹⁾: un diritto, quindi, « è una forma di potere nel senso aristotelico di un potenziale per un atto umano »⁽⁹⁰⁾.

Seguendo queste indicazioni ermeneutiche diventa possibile rendere ragione della novità della definizione ockhamiana rispetto all'elaborazione dei canonisti e del dibattito francescano precedente, senza dover sostenere che questa novità conduce inevitabilmente all'individualismo, come riteneva Villey. Di per sé la definizione di *ius* come *potestas* non è chiaramente connotata in un senso individualistico o anti-individualistico. Molto dipende probabilmente dal contesto complessivo nel quale quella definizione viene a collocarsi: come nel caso dei canonisti, in cui la definizione soggettiva di *ius* si accompagna a una considerazione dell'individuo non atomistica, ma calata in una rete di relazioni sociali e, in definitiva, all'implementazione di un modello politico orientato in un senso « comunitario ».

Ma se così stanno le cose, potremmo domandarci, quale valutazione complessiva è possibile offrire della dottrina politica ockhamiana e quale significato acquista, in questo ambito, la sua famosa definizione di *ius*? Una risposta diretta a questo interrogativo non è semplice da formulare, anche per il carattere dell'opera politica ockhamiana che, più che alla costruzione di una teoria generale della politica, mira all'inquadramento di una serie di problemi specifici. Per questo motivo mi limiterò a suggerire due spunti di riflessione su altrettanti temi emergenti dagli scritti politici del *Venerabilis Inceptor*, che dovrebbero indicare un contesto nel quale la teoria dello *ius* come *potestas* diventa interpretabile in termini diversi da quelli dell'atomismo individualista.

tazione di Kriebbaum si scontra tuttavia con la circostanza che Ockham si riferisce in termini di *potestas* anche agli *iura poli*, che non sono azionabili in giudizio.

⁽⁸⁹⁾ A.S. BRETT, *Liberty, Right and Nature: Individual Rights in Later Scholastic Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 62.

⁽⁹⁰⁾ Ivi, p. 63.

Il primo tema concerne la pervasività del riferimento al « bene comune » come fine del governo secolare ⁽⁹¹⁾. Anche da una lettura sommaria degli scritti politici del *Venerabilis Inceptor* risulta evidente la centralità del principio secondo il quale il potere temporale è preordinato alla realizzazione del bene comune ⁽⁹²⁾. Ockham scrive chiaramente che l'impero è stato istituito dagli uomini, ma il potere di dotarsi di reggitori — in accordo con la massima paolina « nulla potestas nisi a Deo » ⁽⁹³⁾ — è stato conferito all'uomo direttamente da Dio, affinché la vita degli individui possa svolgersi tranquilla e ordinata ⁽⁹⁴⁾. Sembra abbastanza naturale interpretare questa insistenza sul motivo del bene comune, nella sua ascendenza aristotelico-tomistica, come riferimento a un orizzonte anti-individualistico: la direzione del potere temporale al perseguimento del bene comune come introduzione di un asse valoriale distinto da quello dell'utilità dei singoli soggetti. Alcuni interpreti, tuttavia, hanno sostenuto che, al contrario, il riferimento al bene e all'utilità comuni hanno in Ockham il valore di formule riassuntive per indicare il perseguimento degli interessi individuali, un'interpretazione

⁽⁹¹⁾ Secondo Kilcullen, l'idea che « il potere politico è diretto al soddisfacimento del bene comune è l'idea centrale della filosofia politica di Ockham », in cui gli aspetti più « progressisti » del pensiero del francescano si ricollegano all'eredità dell'aristotelismo politico. Cfr. J. KILCULLEN, *The Political Writings*, cit., pp. 319.

⁽⁹²⁾ Esempi rilevanti in questo senso si possono trovare nel *Dialogus*, nella *An princeps*, nelle *Octo quaestiones de potestate papae* e nel *Breviloquium de principatu tyrannico*. Nella *An princeps*, in particolare, Ockham si spinge a sostenere, citando l'*Etica Nicomachea* che « il bene comune “è più bello e più divino” del bene di un solo individuo », deducendone che il sovrano temporale può impossessarsi dei beni della Chiesa quando ciò sia necessario per la salvezza della patria, anche se quei beni erano destinati al sostentamento dei più bisognosi. Si tratta di una posizione, come nota anche il curatore della traduzione italiana, difficilmente conciliabile con il nominalismo. Vedi *An princeps*, cap. 8, trad. it. cit., pp. 152-153. Vedi anche: *Dialogus*, pars 3, tract. 2, lib. 1, capp. 8, 9, 10, 27, lib. 2, capp. 6, 9, 20, 25, 27, 28; *Octo quaestiones*, q. 1, cap. 6, q. 2, cap. 4; q. 3, capp. 4, 6, 9 in *Guillelmi de Ockham opera politica*, vol. I, cit., pp. 1-221, trad. it. *Il filosofo e la politica. Otto questioni circa il potere del papa*, a cura di F. Camastra, Milano, Rusconi, 1999, pp. 107-109, 207-209, 275-277, 287-289, 293-297; *Breviloquium de principatu tyrannico*, lib. 2, cap. 5, trad. it. cit., pp. 72-75.

⁽⁹³⁾ *Breviloquium de principatu tyrannico*, lib. 4, capp. 2-8, trad. it. cit., pp. 162-174.

⁽⁹⁴⁾ Ivi, lib. 3, cap. 7, trad. it. cit., p. 139.

che è stata motivata con la scarnificazione dei contenuti cui la nozione di « bene comune » va incontro nell'elaborazione ockhamiana⁽⁹⁵⁾. In questo caso, la ricorrenza con la quale Ockham fa riferimento al « bene comune » avvalorerebbe l'immagine del filosofo francescano come diretto anticipatore della dottrina liberale.

Per stabilire se quest'ultima lettura sia plausibile è sufficiente riesaminare in dettaglio la nozione ockhamiana di « bene comune ». Secondo Ockham il principe che vuole prendersi carico del bene comune deve assolvere molti compiti — assicurare a ognuno i propri diritti, emanare leggi giuste, nominare i giudici, stabilire quali professioni possono essere esercitate nella società — ma fra questi il dovere cui viene dato maggiore risalto è sicuramente quello di correggere e punire i delinquenti⁽⁹⁶⁾. Per Ockham la condizione fondamentale che permette lo svolgimento di una vita ordinata e il compito nell'assolvimento del quale si sostanzia in primo luogo il perseguimento del bene comune da parte del principe consistono nella persecuzione dei crimini più gravi. Da un lato, questo tipo di ordinamento fra i compiti del principe può sollevare il dubbio di un'indicazione strumentale rispetto alla difesa degli interessi individuali. Ma questa interpretazione non regge: che l'insistenza sull'incarico di punire i malvagi non sia da interpretarsi come unicamente funzionale alla tutela dei diritti individuali si ricava, prima di tutto, dal fatto che il dovere di assicurare i diritti dei sudditi viene menzionato separatamente tra i compiti del principe⁽⁹⁷⁾. Inoltre, tanta enfasi sui doveri « correttivi » che competono

⁽⁹⁵⁾ M. BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, cit., pp. 257-258. Per una valutazione simile vedi anche M.S. KEMPSHALL, *The Common Good in Late Medieval Political Thought*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 359.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. *Octo quaestiones*, q. 3, capp. 8-10, trad. it. cit., pp. 291-297. In tutta la Quaestio III Ockham insiste ripetutamente sul ruolo del sovrano come correttore delle iniquità. In proposito vedi anche *Dialogus*, pars 3, tract. 2, lib. 1, cap. 1: « Nam illud regimen est maxime universo mundo expediens per quod mali facilius iustius severius et efficacius ac salubrius coercentur et boni vivunt quietius inter malos. [...] leges factae sunt ut malorum coerceatur audacia et boni tute vivant, dist. 4, Factae sunt leges, et Extra, in prologo, ibi Ideoque lex proditur. Ergo ut coerceantur mali et boni quiete vivant est regimen principum institutum ». Sul tema vedi anche A.S. McGRADE, *The Political Thought of William of Ockham*, cit., pp. 113-116.

⁽⁹⁷⁾ *Octo quaestiones*, q. 3, cap. 8, trad. it. cit., p. 291.

al principe non si giustificerebbe se questi doveri fossero semplicemente strumentali rispetto alla tutela degli interessi dei soggetti.

Per questo motivo ritengo che sia più ragionevole un'interpretazione del bene comune in termini di osservanza della legge naturale razionale e delle prescrizioni evangeliche: il bene comune consiste nell'organizzazione equilibrata della società che si esprime in primo luogo nella predisposizione di meccanismi che assicurino il rispetto delle leggi di Dio e il principe è tenuto al perseguimento del bene comune e alla punizione dei malvagi in quanto più generalmente obbligato all'implementazione dei comandi divini ⁽⁹⁸⁾. Da queste osservazioni risulta evidente che il vincolo al quale Ockham sottopone il potere imperiale è relativo ad un insieme di norme dirette alla realizzazione di un ordine che è anteriore all'orizzonte individuale. Certamente, la comunità politica non possiede, nella prospettiva di Ockham quelle caratteristiche di naturalità che gli attribuiva per esempio San Tommaso ⁽⁹⁹⁾, tuttavia appare ugualmente inscritta in un sistema di valori che trascende i soggetti e che rimanda, attraverso il filtro del bene comune, a un quadro normativo ontologicamente autonomo. Il fatto poi che questo quadro normativo venga articolato in riferimento alle posizioni soggettive, piuttosto che argomentato sulla base di una concezione metafisica del bene comune come realizzazione della natura implicita nella parte

⁽⁹⁸⁾ Interessante è a questo proposito, il riferimento di Takashi Shogimen al progressivo affermarsi nella letteratura canonistica del tredicesimo e quattordicesimo secolo del tema della deterrenza dal crimine attraverso l'irrogazione della pena, accompagnato dalla sostituzione del processo penale accusatorio, ereditato dal diritto romano, con il processo inquisitorio. Vedi T. SHOGIMEN, *Ockham and Political Discourse in the Late Middle Ages*, cit., pp. 110 ss., 147 ss. Vedi anche: R.M. FRAHER, *The Theoretical Justification of the New Criminal Law of the High Middle Ages: « Rei publicae interest, ne crimina remaneant impunita »*, in « University of Illinois Law Review », 1984, pp. 577-595.

⁽⁹⁹⁾ Contrariamente all'Aquinate, per esempio, Ockham non insiste sul carattere naturalmente politico dell'essere umano, né introduce una considerazione « olistica » dell'associazione politica per cui quest'ultima deve essere posta al di sopra delle parti che la costituiscono. Tuttavia, l'enfasi posta sul dovere del sovrano di correggere le iniquità riporta alla mente le considerazioni sviluppate dall'Aquinate per giustificare la pena di morte: vale a dire, preservare il corpo sociale dal contagio del peccato, perseguendo, in questo modo, il bene comune. Vedi *Summa Theologiae*, II^a II^{ae}, q. 64, art. 2.

rispetto al tutto, può essere forse spiegato in base alle propensioni nominaliste di Ockham e alla tendenza a privilegiare, più che le comunità « astratte », i loro concreti componenti, ma non modifica il dato essenziale, che è quello di un'organizzazione del potere politico in relazione alla riproduzione di un modello normativo già dato.

Inoltre, sarebbe sbagliato ritenere — e qui tocchiamo il secondo tema cui prima facevo riferimento — che l'attenzione per l'individuo conduca a una considerazione atomistica dei soggetti come entità non interrelate fra loro ⁽¹⁰⁰⁾. Ho già accennato in una sezione precedente ai passaggi dell'*Opus nonaginta dierum* che documentano la dimensione sociale e comunitaria della nozione ockhamiana di *ius naturale* e la presenza nell'opera del *Venerabilis Inceptor* di una teoria anti-individualistica dei diritti soggettivi. Questo dato si lega a un altro aspetto messo in risalto da McGrade: il fatto che nel *corpus* ockhamiano, anche in questo caso in continuità con un principio tipicamente medievale, si possano rintracciare consistenti indizi a favore del riconoscimento dell'esistenza di comunità naturali, anche se anteriori alla costituzione dell'associazione politica ⁽¹⁰¹⁾. Ockham, come sostiene McGrade, dimostra sotto questo aspetto di essere « corporatista »; corporatista tuttavia solo in un senso prepolitico, dal momento che confina, distaccandosi su questo punto dall'insegnamento di Tommaso, la sfera comunitaria, l'ambito più opportuno per la fioritura di *communicationes* fra i soggetti, a un momento temporale anteriore al sorgere dell'organizzazione politica ⁽¹⁰²⁾.

Se mettiamo insieme quest'ultimo dato — la presenza nella teoria politica e sociale di Ockham di un riferimento alla naturale

⁽¹⁰⁰⁾ Vedi anche A.S. McGRADE, *The Political Thought of William of Ockham*, cit., pp. 221 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Vedi in particolare *Dialogus*, pars 3, tract. 2, lib. 1, cap. 1.

⁽¹⁰²⁾ A.S. McGRADE, *The Political Thought of William of Ockham*, cit., pp. 117-118. All'interpretazione di McGrade si può accostare l'idea, recentemente difesa da Shogimen, secondo la quale l'opera del maestro francescano è pervasa dal senso della difesa della comunità cristiana contro la minaccia rappresentata dalla corruzione della fede. Vedi T. SHOGIMEN, *Ockham and Political Discourse in the Late Middle Ages*, cit., pp. 153-155.

socialità dell'uomo — con la caratterizzazione che ho proposto in precedenza della nozione di bene comune come ordine morale preesistente, posto come fine dell'azione politica, e soprattutto con il nesso tra diritti soggettivi e solidarietà sociale che emerge da alcuni passaggi chiave dell'*Opus nonaginta dierum*, possiamo costruire, a mio avviso, un contesto complessivo all'interno del quale la lettura di Tierney della teoria ockhamiana dei diritti risulta sostanzialmente convincente. Corretta, prima di tutto, risulta l'idea di differenziare la teoria ockhamiana dei diritti soggettivi dalle nostre concezioni moderne. Questa differenziazione è importante perché mette in risalto un rapporto di implicazione tra utilità comune e diritti individuali: è proprio affinché sia possibile perseguire il bene comune — un bene comune concepito non come mero aggregato di interessi singolari ma come *adaequatio* rispetto a un ordine morale — con la maggiore efficacia che Ockham chiede ai governanti di rispettare i diritti naturali dei loro sudditi. Per questo motivo non è possibile asserire tout court che la teoria politica del *Venerabilis Inceptor* sia fondata direttamente sui diritti naturali degli individui, né che l'insistenza di Ockham su aspetti che oggi diremmo tipicamente moderni, come le prerogative di razionalità e libertà degli individui, preluda a una concezione atomistica della società, tanto più in quanto questi aspetti vengono controbilanciati da altri elementi che ne contestualizzano il significato rivendicando la continuità tra la riflessione del francescano e la tradizione del pensiero politico medievale.

Più semplicemente, forse, l'esempio della riflessione giuridica del filosofo francescano sembra indicare che certi paradigmi del discorso politico della modernità non appaiono in un dato momento già completamente strutturati, ma che la loro costruzione viene operata spesso a posteriori, a partire dall'integrazione di materiali già esistenti, presenti magari in contesti diversi e in associazione con altre idee di più remota ascendenza. Questo almeno sembra essere il caso per la moderna teoria dei diritti soggettivi: un coacervo di pratiche giuridiche, principi politici e concetti filosofici che risulta da un « assemblaggio » relativamente recente, almeno rispetto al momento nel quale certi suoi elementi costitutivi sono comparsi. A un'ascendenza quasi sicuramente remota della nozione di « *ius* » come posizione giuridica soggettiva, si contrappone la circostanza

che, nel momento in cui l'uso soggettivo di *iura* incomincia a trovare spazio nelle teorizzazioni giusfilosofiche, ciò avviene attraverso l'inserimento in modelli politici differenti da quelli ai quali oggi è più stabilmente associato. In questo modo, nella misura in cui la teoria ockhamiana dei diritti configura il prototipo di una *teoria non atomistica dei diritti soggettivi*, si definisce la possibilità di « un altro inizio » della riflessione occidentale intorno ai diritti individuali, connotata non in senso liberale/individualistico ma in senso aristotelico/comunitario.

6. Conclusioni: diritti soggettivi e individualismo.

L'analisi che ho presentato nelle pagine precedenti della concezione dei diritti soggettivi sviluppata da Guglielmo da Ockham fornisce concreti elementi di riflessione per contrastare un diffuso modo di argomentare, secondo il quale l'insistenza liberale sui diritti nasconderebbe una concezione del soggetto politico imperniata unicamente sulla dimensione acquisitiva ed egoistica, totalmente insensibile ai legami di solidarietà sociale ⁽¹⁰³⁾. Se la ricostruzione che ho offerto è corretta, la comparsa di una consapevole riflessione sul tema dei diritti soggettivi nelle opere politiche di Ockham non si accompagna a una nuova enfasi sulle prerogative individuali dei soggetti a detrimento dei doveri verso la comunità, come aveva sostenuto Villey, né a un'inedita torsione da un modello politico autoritario e comunitario a una concezione contrattualista e democratica del potere. Al contrario, all'interno del sistema ockhamiano il riferimento agli *iura* dei soggetti appare sempre funzionale a garantire una più completa attuazione di un ordine anteriore e indipendente dalla volontà umana, costruito sulla base delle prescrizioni della legge evangelica e razionale ⁽¹⁰⁴⁾. Inoltre, come ho cercato di evidenziare, più che un'esaltazione egoistica delle prerogative dei

⁽¹⁰³⁾ Su questo punto mi permetto di rinviare a L. MARCHETTONI, *Ockham, i canonisti e l'atomismo dei diritti soggettivi*, in « Iride », XLIX, 2006, pp. 271-287.

⁽¹⁰⁴⁾ « Ockham sviluppa una nozione di diritto naturale soggettivo connessa con l'ordine oggettivamente razionale della legge di natura » (A.S. BRETT, *Liberty, Right and Nature*, cit., p. 51).

soggetti, il modo in cui Ockham impiega la nozione di « diritto soggettivo » sembra veicolare, sulla scorta delle elaborazioni canonistiche precedenti, istanze sociali e redistributive pienamente coerenti con una nozione comunitaria di bene comune.

Questa circostanza solleva, a mio avviso, alcuni dubbi più generali sulla spendibilità teorica di una categoria come quella di « individualismo ». L'esempio di Ockham dimostra, infatti, che argomentare sulla base del carattere più o meno individualista della riflessione di un autore conduce facilmente ad equivoci. La ragione principale di questa difficoltà risiede nella genericità con la quale la patente di individualismo viene applicata. Un'avvertenza essenziale, a questo proposito, dovrebbe essere quella secondo la quale i sensi in cui si parla di individualismo sono molteplici e dalla corretta predicazione di uno di essi non seguono conseguenze globali. Ci sono molte accezioni in cui sarebbe corretto descrivere Ockham come un autore che introduce un individualismo più spiccato rispetto ai suoi contemporanei. Ciò è senz'altro vero, per esempio, in relazione al suo insegnamento metafisico e alle sue dottrine morali, impregnate sul primato della volontà individuale. Tuttavia, non è corretto sostenere che Ockham fu ugualmente individualista nel suo pensiero politico e ancor meno in rapporto alla sua teoria dei diritti soggettivi. Sono presenti, indubbiamente, anche nella riflessione politica aspetti che potremmo qualificare come individualistici, come la dottrina esposta nel *Dialogus* secondo la quale anche il singolo può, e in certi casi deve, ergersi a baluardo contro l'eresia. Nel complesso, però, l'etichetta di individualismo politico non sembra appropriata per il maestro inglese, dal momento che suggerisce una considerazione del sistema sociale come somma di atomi, in cui ciascun soggetto opera per la promozione dei propri interessi, che risulta del tutto estranea al pensiero politico ockhamiano, in cui l'attenzione per le libertà individuali non è mai disgiunta dal senso di appartenenza comunitario ⁽¹⁰⁵⁾.

A partire da questa considerazione, si potrebbe sviluppare una

⁽¹⁰⁵⁾ Secondo Shogimen, infatti: « [i]l dovere universale di preservare la fede esplicita lega la libertà individuale con la solidarietà sociale » (T. SHOGIMEN, *Ockham and Political Discourse in the Late Middle Ages*, cit., p. 153).

riflessione molto ampia sulla pertinenza storica delle tradizionali accuse di atomismo levate nei confronti dei teorici dei diritti soggettivi. Da un lato, si potrebbe sostenere che l'emersione di una concezione atomistica dei diritti, nella sua forma pura — vale a dire, come teoria autonoma e programmaticamente infondata intorno alle libertà e ai poteri che competono agli individui — rappresenta un fenomeno assai più recente di quanto generalmente non si ritenga — probabilmente limitato a un numero ristretto di autori, Robert Nozick *in primis* ⁽¹⁰⁶⁾, operanti nella seconda metà del novecento. D'altra parte, sotto molti aspetti, le stesse categorie politiche di individualismo e atomismo costituiscono il risultato di una costruzione prodotta nel corso dell'ottocento, soprattutto in ambito tedesco e anglosassone, e diretta a prefigurare un bersaglio polemico attraverso una rilettura parziale delle tradizioni del giusnaturalismo e del contrattualismo. I responsabili dell'elaborazione di questo stereotipo — tutto un vasto settore della cultura politica del diciannovesimo secolo che va da Hegel a Marx alla giuspubblicistica tedesca, da Durkheim e Duguit in Francia a Green e Hobhouse in ambito inglese ⁽¹⁰⁷⁾ — hanno tentato di accreditare un'immagine delle origini giusnaturalistiche del liberalismo, in particolare di Locke, ampiamente distorta, che doveva far risaltare, per contrasto, l'importanza del riconoscimento della natura organica del tessuto sociale e dell'esistenza di vincoli comunitari e solidaristici che avrebbero dovuto legare gli individui. Ma una simile raffigurazione non corrisponde probabilmente alla realtà storica del pensiero lockeano ⁽¹⁰⁸⁾ — e, *a fortiori*, ockhamiano — e neppure

⁽¹⁰⁶⁾ R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1974, trad. it *Anarchia, stato e utopia*, Firenze, Le Monnier, 1981. Vedi anche T. MACHAN, *Individuals and Their Rights*, La Salle, Open Court, 1989.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. P. COSTA, *Storia della cittadinanza in Europa*, vol. 2, *L'età delle rivoluzioni*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 367-496; ID., *Storia della cittadinanza in Europa*, vol. 3, *La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 67-193.

⁽¹⁰⁸⁾ In questa direzione vanno gli studi più recenti sul pensiero politico di Locke: J. TULLY, *A Discourse on Property. John Locke and His Adversaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980; R. ASHCRAFT, *Locke's Two Treatises of Government*, London, Unwin Hyman, 1987; A.J. SIMMONS, *The Lockean Theory of Rights*, Princeton, Princeton University Press, 1992; J. TULLY, *An Approach to Political Philosophy: Locke*

alla maggior parte degli autori successivi ascrivibili alla tradizione liberale.

In ultima analisi, dunque, quale morale trarre dalla ricognizione delle origini del linguaggio dei diritti soggettivi e della teoria di Ockham in particolare? Le conclusioni, come anticipato nelle pagine precedenti, sono soprattutto negative: la teoria ockhamiana dei diritti non è individualistica, nel senso che l'interpretazione di Vilely cercava di proporre. È qualificabile come comunitaria, se con questa precisazione si intende introdurre un riferimento ai legami sociali interni alla comunità dei credenti cui l'impiego della nozione di *ius* in senso soggettivo costantemente rimanda. Soprattutto, la teoria dei diritti soggettivi sviluppata dal maestro inglese — se è giustificato parlare di teoria in rapporto a una nozione impiegata occasionalmente e in modo non sistematico — emerge come un frammento di elaborazione concettuale che chiede di essere analizzato, senza ricorrere a definizioni preconfezionate, in rapporto al quadro complessivo delle conoscenze e delle assunzioni del suo tempo.

in Contexts, Cambridge, Cambridge University Press, 1993; G. SREENIVASAN, *The Limits of Lockean Rights in Property*, Oxford, Oxford University Press, 1995; M. KRAMER, *John Locke and the Origins of Private Property: Philosophical Explorations of Individualism, Community, and Equality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

LUCA BACCELLI

GUERRA E DIRITTI.
VITORIA, LAS CASAS E LA CONQUISTA DELL'AMERICA

1. La conquista dell'altro: distruzione, assoggettamento, assimilazione. — 2. Vittoria: i diritti universali. — 3. La 'conversione' di Las Casas. — 4. Modernità o contemporaneità?

Nelle teorie politiche, giuridiche e morali contemporanee diritti e universalismo sembrano implicarsi reciprocamente. La nozione di diritto soggettivo viene associata a quella dei diritti umani, i diritti goduti da tutti gli esseri umani universalmente considerati. E quando si parla di 'diritti universali' in genere non si intende solo che *titolari* di tali diritti sono tutti gli appartenenti alla specie umana, ma anche che sono *fondati* in modo da ottenere un riconoscimento universale. Questo approccio ai diritti, ampiamente diffuso nel dibattito pubblico, si basa in realtà su tre presupposti impliciti: l'acquisizione della visione soggettivistica dei diritti — l'attribuzione allo *ius* del significato di diritto soggettivo, di *right* — l'universalismo dei titolari e l'universalismo dei fondamenti. Ma è noto che in molte culture giuridiche — da quella ebraica a quella induista, da quella greca antica a quella islamica, a quella confuciana — la nozione di diritto soggettivo è assente, e gli studi di Michel Villey hanno contestato la sua presenza nello stesso diritto romano classico ⁽¹⁾. In ogni modo, l'elaborazione di una nozione soggettivistica dei diritti, come libertà, facoltà e poteri di soggetti indi-

(1) Cfr. M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1962; ID., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchretien, 1975 (trad. it. *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, Jaca Book, 1985). Rimando, anche per la bibliografia, al mio *Il particolarismo dei diritti*, Roma, Carocci, 1999, pp. 15-29.

viduali (o collettivi) è stata un processo lungo e complesso, che ha attraversato le vicende del diritto civile, del diritto canonico, della teologia e della filosofia del medioevo europeo, un processo nel quale le parziali ridefinizioni dei termini ed i lenti slittamenti semantici hanno giocato un ruolo decisivo. D'altra parte, una nozione soggettivistica dei diritti non implica necessariamente l'universalismo dei titolari: nell'esperienza giuridica medievale titolari di diritti sono stati a lungo specifiche comunità giuridiche, particolari individui, ceti, corporazioni, città, ordini. E l'universalismo dei titolari non implica l'universalismo dei fondamenti ⁽²⁾.

Attribuire ad un pensatore o cogliere in un'epoca storica il punto di svolta che segna una rivoluzione concettuale significa esporsi al rischio di smentita. È quasi sempre possibile individuare qualcuno che ha anticipato quella svolta, che ha proposto per primo un concetto innovativo. Ma ci sono buone ragioni per sostenere che nel contesto del dibattito sulla legittimità della conquista spagnola dell'America una compiuta nozione soggettivistica dei diritti, l'universalismo dei titolari e l'universalismo dei fondamenti hanno trovato una sintesi. È in quel contesto che i diritti soggettivi sono stati attribuiti a tutti gli esseri umani: esplicitamente, sia ai cristiani europei che ai 'barbari' delle Indie occidentali. Cercherò di sostenere questa tesi sulla base di una breve analisi dei testi di due autori-chiave di quel dibattito, Francisco de Vitoria e Bartolomé de Las Casas. Ma una considerazione generale può rafforzare gli argomenti interpretativi: la conquista dell'America è insieme l'atto di nascita della modernità e l'esperienza — *in corpore vili* — della prima globalizzazione economica, geopolitica e culturale: come è stato notato da Enrique Dussel, l'Occidente europeo si riconosce come centro del mondo nella scoperta e attraverso la conquista

(2) Ad esempio, per Luigi Ferrajoli l'universalismo dei titolari è ciò che definisce i diritti fondamentali, ma va evitata la « confusione tra l'universalismo dei diritti come convenzione giuridica e il medesimo universalismo come dottrina morale » (L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 48), e quella « tra l'«universalismo» dei diritti fondamentali, che si riferisce ai soggetti cui essi sono attribuiti [...], e l'universalità del consenso da cui essi sono sorretti o comunque la comunanza interculturale dei valori da essi espressi » (ivi, p. 50).

dell'altro' (3). Ciò avviene anche attraverso la definizione dell'universalismo dei diritti e l'attribuzione all'altro dello status di titolare dei diritti soggettivi. E questo è possibile in quanto determinati diritti sono considerati 'naturali', hanno dunque un fondamento universale. La modernità giuridica sembra dunque annunciarsi attraverso un'importante acquisizione evolutiva. In queste pagine vorrei cercare di analizzarne alcuni aspetti; in particolare, cercherò di mostrare come nelle teorie di Vitoria e Las Casas il rapporto fra diritti soggettivi ed universalismo sia impostato in modo significativamente differente e come queste diverse impostazioni si traducano in due diverse visioni della tutela dei diritti.

1. *La conquista dell'altro: distruzione, assoggettamento, assimilazione.*

La conquista europea dell'America è il più vasto genocidio di cui abbiamo memoria storica, realizzato nello spazio di pochi decenni insieme con l'assoggettamento politico, economico e culturale. In un recente lavoro (4), Massimo Livi Bacci ha ricostruito i problemi relativi all'interpretazione di quell'evento, a cominciare dalla portata — da alcuni milioni di vittime a quasi un centinaio di milioni — della catastrofe demografica e dalle ipotesi correlate sui suoi motivi. Livi Bacci sostiene che le interpretazioni monocausali non sono adeguate: nella distruzione degli indigeni — avvenuta secondo tempi, ritmi e dimensioni differenziate a seconda delle varie aree — ebbero un ruolo sia la violenza diretta sia le malattie provenienti dall'Europa; grande rilievo va attribuito all'assoggettamento degli indigeni al lavoro servile ed alla conseguente rottura degli equilibri ecologici, economici, familiari e comunitari. La profondità di questi mutamenti ebbe conseguenze dirette sui meccanismi di reazione allo shock demografico. In ogni caso non possono

(3) Cfr. E. DUSSEL, *El encubrimiento del otro: Hacia el origen del mito de la modernidad*, Quito, Abya-Yala, 1994 (ed. it. *L'occultamento dell'altro. All'origine del mito della modernità*, Celleno, La Piccola Editrice, 1993).

(4) M. LIVI BACCI, *Conquista. La distruzione degli indios americani*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 245.

essere considerati fattori meramente naturali: « la catastrofe [...] non fu un destino obbligato, ma l'esito dell'interazione fra fattori naturali e comportamenti umani e sociali il cui risultato non era determinato in partenza » (5).

La conquista si traduceva in una immediata sottomissione degli indigeni, eventualmente preceduta da una violenza estrema. Alla riduzione in schiavitù ed al commercio di schiavi (introdotti da Colombo per tentare di compensare la mancata scoperta dell'oro) subentrò ben presto un modello di assoggettamento basato sull'*encomienda* e sul *repartimiento* (l'assegnazione di terre ai coloni e la distribuzione degli indios per svolgere lavoro obbligato, anche se formalmente non schiavile). Tvezan Todorov ha sottolineato il grande rilievo, accanto alla conquista militare ed all'assoggettamento, della conquista culturale, arrivando ad ipotizzare che la dimensione simbolica sia quella decisiva per comprendere gli eventi. Il fatto che poche centinaia di europei abbiano potuto sconfiggere società strutturate e complesse come quelle dell'America centrale « è avvenuto perché i maya e gli aztechi hanno perduto il controllo della comunicazione » (6), sono stati incapaci di comprendere ciò che stava avvenendo (7). L'atteggiamento di Colombo è paradigmatico di un disinteresse prima ancora che dell'incapacità a comprendere le popolazioni delle Indie (8). Al contrario, Cortés si pose il problema della comunicazione, dispiegò una strategia di produzione e controllo dei discorsi e dei simboli: la sua superiorità, prima ancora che nella tecnologia o nella strategia militare, era nella capacità di capire l'altro. Ma questa comprensione, che « non si accompagna al pieno riconoscimento dell'altro come soggetto », venne « utilizzata ai fini dello sfruttamento, del 'prendere' » (9). E, a lungo termine,

(5) Ivi, p. 241.

(6) T. TODOROV, *La conquête de l'Amérique. Le question de l'autre*, Paris, Seuil, 1982 (trad. it. *La conquista dell'America. Il problema dell'altro*, Torino, Einaudi, 1992, p. 75).

(7) Ivi, p. 102.

(8) Cfr. T. TODOROV, *La conquête de l'Amérique*, trad. it. cit., in part. pp. 51-61.

(9) Ivi, p. 161.

divenne lo strumento per l'assimilazione, per la distruzione culturale, per far scomparire l'alterità ⁽¹⁰⁾.

Il discorso sulla legittimazione della conquista fu inaugurato nel 1493 dalla bolla *Inter Coetera Divinae* di papa Alessandro VI (Rodrigo Borgia). Il papa dichiara che l'opera più gradita a Dio è che si provveda « ut fides catholica et christiana religio, nostris praesertim temporibus, exaltetur ac ubilibet ampliatur et dilatetur, animarumque salus procuretur ac barbaricae nationes deprimantur et ad fidem ipsam reducantur ». In virtù della 'pienezza del potere apostolico', il papa 'dona', 'concede' e 'destina' ai re di Castiglia « omnes insulas et terras firmas inventas et inveniendas, detectas et detegendas versus occidentem et meridiem » dal meridiano 100 miglia a Ovest delle isole Azzorre e attribuisce ai sovrani l'onere di inviare colà esperti predicatori timorati di Dio. Già l'anno successivo i re cattolici misero in questione la legittimità della riduzione in schiavitù degli Indigeni da parte di Colombo, ma con la *Cédula de Medina* del 1503 legalizzarono il sistema dei *repartimientos*, introdotto dall'Ammiraglio nel 1498, per sedare la rivolta dei coloni contro il fratello Bartolomeo; gli indios possono venire costretti a lavorare, a condizione di essere compensati con un salario giusto ⁽¹¹⁾. Ma gli effetti del sistema, che di fatto si risolse in rapporti di lavoro non distinguibili dalla schiavitù, furono disastrosi: la popolazione indigena delle grandi Antille si sarebbe estinta nel giro di cinquant'anni. Il 21 dicembre 1511, all'Hispaniola, il frate domenicano Antonio da Montesinos in un durissimo sermone denunciò gli effetti della conquista sui nativi. Richiamato in patria, sostenne le sue tesi di fronte a re Ferdinando. Il quale convocò a Burgos, nel 1512, una *junta* di teologi e giuristi: la questione della legittimità della conquista investì così la cultura accademica spagnola in un dibattito che si prolungherà fino al settimo decennio del XVI secolo, quando Filippo II dichiarerà conclusa la conquista e chiuderà gli spazi di discussione.

In realtà, già nel 1510 John Mair (Johannes Maior), teologo e

⁽¹⁰⁾ Ivi, p. 300.

⁽¹¹⁾ Cfr. L. MILAZZO, *Legge, diritto e guerra in de Vitoria e Suárez*, Dissertazione di dottorato, Università di Pisa, 2005, pp. 217-21.

filosofo della Sorbona, noto fra l'altro per il suo contributo alla teoria dei diritti soggettivi, aveva utilizzato le argomentazioni aristoteliche sulla schiavitù naturale per giustificare la conquista delle Indie. Aristotele sostiene che esistono schiavi per natura e per loro è bene essere schiavi; e « per natura, barbaro e schiavo sono la stessa cosa » (12). Sulla base dell'autorità di Tolomeo Mair afferma che i popoli delle indie, in quanto vivono al di sotto dell'equatore, sono *ferini* e vivono *bestialiter*. Dunque *natura sunt servi* e possono venire legittimamente sottomessi e governati (13). La teoria aristotelica della schiavitù naturale venne ripresa e sviluppata nella *junta* di Burgos da Bernardino de Mesa e dal *licenciado* Gregorio, in modo da conciliare lo status degli indigeni come 'liberi sudditi e vassalli' del re di Castiglia con il loro assoggettamento ad un certo tipo di lavoro obbligato: la servitù naturale è giustificata dai loro limiti intellettuali, dalla loro ripugnanza per il lavoro e dalla scarsa perseveranza nella fede di cui danno prova. Il *repartimiento* e l'*encomienda* sono peraltro presentati come la giusta punizione per i peccati contro natura e come il mezzo opportuno per propagare la fede (14).

Si noti che rispetto ai modi di produzione dell'antichità il lavoro si è trasformato: il termine latino *servus*, che indicava la condizione di schiavitù, denota ormai una pluralità di forme di lavoro obbligato. Dunque, sostiene Juan López de Palacios Rubios, la 'servitù naturale' diviene compatibile con il fatto della naturale eguaglianza e libertà degli uomini (15). Egli aggiunge che l'asservimento degli indigeni è legittimo in quanto avviene nel contesto di una guerra giusta (16): dopo l'incarnazione di Cristo i principi esercitano il loro potere per concessione del suo vicario e fintantoché egli non lo revochi. E dunque, in seguito alla bolla *Inter coetera*, il potere le-

(12) Cfr. ARISTOTELE, *Politica* 1254 a-b.

(13) J. MAIOR, *In secundum librum Sententiarum, Distinctio* 44, f. CLXXXVI, Parigi 1519.

(14) Cfr. G. TOSI, *La teoria della schiavitù naturale nel dibattito sul Nuovo Mondo (1510-1573). 'Veri domini' o 'servi a natura'?*, in « Divus Thomas », 3, 2002, pp. 35-38.

(15) J. L. DE PALACIOS RUBIOS, *De insulis maris Oceani quas vulgus Indias appellat*, in *De las islas del mar Oceano por Juan López de Palacios Rubios. Del Dominio de los Reyes de España sobre los indios por Fray Matías de Paz*, Mexico, Porrúa, 1954, p. 27.

(16) Cfr. *ivi*, p. 35.

gittimo sulle isole e le terre del mare Oceano appartiene ai re di Castiglia.

Sulla base di questa elaborazione teorica Ferdinando il Cattolico promulgò le *Leyes de Burgos*, che qualificavano i nativi come ‘sudditi liberi della corona’ e allo stesso tempo permettevano che fossero « obbligati a lavorare, con moderazione e in cambio di un salario » (17). E l’anno successivo Palacios Rubios redasse il *Requerimiento*, il documento che da allora in poi verrà letto agli indigeni dagli spagnoli al momento della ‘scoperta’ in modo da informarli sui principali dogmi cattolici, sul potere universale del papa, sulla donazione delle terre che abitano ai re di Spagna, allo scopo di intimare loro l’obbedienza, minacciando in caso contrario l’invasione e la riduzione in schiavitù. Si tratta evidentemente di un testo rivolto non agli indigeni, ma agli europei (in un primo periodo era letto in castigliano), elaborato per costituire un titolo giuridico, certificato dalla presenza del notaio che lo sottoscriveva seduta stante.

Se queste erano le basi di legittimità della conquista, durante il regno di Carlo V la corona spagnola sembrò assumere una posizione più favorevole ai nativi: particolarmente significative furono le *Leyes Nuevas* del 1542 che vietavano fra l’altro l’ereditarietà dell’*encomienda*. Tali leggi vennero tuttavia in parte revocate nel 1545, ma nel 1550 Carlo V ordinò la sospensione delle conquiste finché non si esprimesse una *congregación* di teologi e giuristi, che si terrà a Valladolid nel 1550-51. Nel frattempo aveva preso posizione il massimo teologo dell’epoca, il domenicano Francisco de Vitoria.

2. Vitoria: i diritti universali.

Vitoria è un prestigioso teologo accademico e rivendica esplicitamente l’autorità dei teologi, fino ad allora non consultati, in una questione per la quale non esistono fonti di diritto positivo (18); a differenza di altri attori di questo dibattito non è direttamente coin-

(17) G. TOSI, *La teoria della schiavitù naturale*, cit., p. 242.

(18) F. DE VITORIA, *Relectio De Indis. La questione degli Indios*, testo critico di L. Pereña, ed. it. e trad. di A. Lamacchia, Bari, Levante, 1996, p. 11. Nella prima *relectio* Vitoria discute se i ‘barbari’ delle Indie erano legittimi titolari delle terre poi conqui-

volto nelle vicende, né hai mai visto le Indie; ciò non significa che il suo sia un approccio astratto: dimostra comunque una buona conoscenza degli eventi, prende le distanze dalle modalità più violente della conquista e si schiera con i confratelli domenicani contro la pratica francescana del battesimo di massa degli indigeni. Ma la fondamentale importanza del suo contributo risiede nel fatto che Vitoria inserisce la questione della conquista in un quadro teorico originale, che presuppone una attenta valutazione delle trasformazioni politico-istituzionali in corso. Nelle due *Relectiones de Indis* tenute all'Università di Salamanca nella prima metà del 1539 Vitoria sottopone ad una critica corrosiva i 'titoli' della conquista fino ad allora accreditati, per proporre alcuni radicalmente nuovi, basati su una concezione universalistica dei diritti soggettivi.

2.1. In primo luogo, Vitoria pone una questione preliminare sulla legittimità: i diritti di proprietà e il potere politico esercitati dai 'barbari' prima della conquista erano legittimi? Questa discussione gli fornisce l'occasione per mettere a punto la sua nozione di diritto soggettivo. Vitoria sostiene che l'eventuale incapacità al *dominium* dei barbari non potrebbe derivare dal loro essere peccatori. Il *dominium* proviene da Dio ed è dato all'uomo in quanto è « imago Dei per naturam, scilicet per potentias naturales »⁽¹⁹⁾, e le facoltà razionali non si perdono neppure a causa del peccato mortale. Né l'*infidelitas* è impedimento all'essere *veri domini*, dato che « fides non tollit nec ius naturale nec humanum »⁽²⁰⁾. Resta l'ipotesi che non siano *veri domini* in quanto *amentes vel insensati*. Vitoria contesta infatti la tesi di Conrad Summenhart secondo la quale il *dominium*, identificato con il mero « ius utendi re in usum suum » è proprio anche degli animali irrazionali e degli stessi oggetti inanimati: per Summenhart gli animali eserciterebbero un diritto sulle erbe e le piante di cui si cibano, le stelle avrebbero uno *ius illuminandi*, il leone sarebbe titolare di *dominium* sugli animali

state, confuta sette 'titoli illegittimi' della conquista e ne propone sette legittimi (più uno possibile), nella seconda, nota anche come *De iure belli*, completa l'argomentazione entrando nel merito dello *ius ad bellum* e dello *ius in bello*.

⁽¹⁹⁾ Ivi, p. 18.

⁽²⁰⁾ Ivi, p. 20.

terrestri e l'aquila sui volatili. Ma le creature irrazionali, sostiene Vitoria, « non possunt pati iniuriam: ergo non habent ius » (21). Chi toglie la preda al lupo o al leone, l'erba al bue o al cervo, o chiude la finestra impedendo alla luce del sole di entrare non commette *iniuria*. Solo l'essere razionale, dotato di discernimento, ha « *dominium sui actus* » (22) e dunque può essere titolare di uno *ius*. Si tratta di una concezione elaborata ed originale del diritto soggettivo: per Vitoria *ius*, *dominium*, *facultas* rimandano l'uno all'altro e non si esauriscono nella *potentia*. Infatti, egli puntualizza, se valesse la tesi di Silvestro Prieras per il quale a volte il *dominium* non configura uno *ius*, ma una mera *potentia*, il bandito avrebbe il *dominium* di uccidere e il ladro di rubare. Analogamente, i bambini possono essere *domini* in quanto possono subire *iniuria*; « ergo est illis *dominium*, quod nihil aliud est quam *ius* » (23). Fondamento del *dominium* è l'umanità dei bambini, cioè l'essere immagine di Dio. Per questo motivo gli stessi *amentes* possono essere *domini*: « possunt pati iniuriam, ergo habent ius ». Dunque *ius* e *dominium* si identificano e la concezione del soggetto titolare del diritto soggettivo viene precisata: titolare di uno *ius* è solo la potenziale vittima di una *iniuria*, ed è tale in quanto dotata delle facoltà razionali dell'uomo.

Sulla base di queste considerazioni si deve allora, secondo Vitoria, riconoscere ai barbari delle Indie il titolo di *veri domini*: essi « non sunt amentes, sed habent pro suo modo usum rationis » (24). Infatti essi conducono una vita in qualche modo ordinata, hanno *civitates*, istituzioni, leggi, attività produttive e commerciali, una forma di religione, e tutto ciò richiede l'uso della ragione. I diritti di proprietà e il potere politico esercitati dai barbari erano legittimi: « sine dubio barbari erant et publice et privatim ita veri domini, sicut christiani »; non possono essere spogliati delle loro proprietà e dei loro poteri, e non si può negar loro, che non sono responsabili

(21) Ivi, p. 26.

(22) Ivi, p. 27. « Non enim dicimus aliquem esse dominum, nisi eius quod situm est in sua facultate. Ita enim loquimur: non est in mea facultate, non est in mea potestate, quando non sum dominus » (ivi, p. 28).

(23) Ivi, p. 28.

(24) Ivi, p. 29.

di alcuna *iniuria*, ciò che non si nega ad islamici ed ebrei, ai « *perpetuis hostibus religionis christianae* » (25).

2.2. I barbari erano dunque *veri domini*; pertanto la conquista dovrà essere giustificata. Ma Vitoria argomenta l'insostenibilità delle giustificazioni correnti. Particolarmente rilevante nella critica di quelli che considera 'titoli illegittimi' della conquista è la consapevolezza che la crisi dei poteri universali medievali si è ormai consumata e che si stanno affermando entità territoriali sovrane. Vitoria enuncia le sue tesi con nettezza: lo stesso Carlo V interverrà per impedire che vengano diffuse pubblicamente.

Il primo 'titolo illegittimo' si basa sull'idea che l'imperatore sia *dominus mundi* (26). Non lo è, sostiene Vitoria: per diritto naturale tutti gli uomini sono liberi e la *potestas civilis* deriva sì dalla natura (essendo l'uomo, secondo l'insegnamento di Aristotele e Tommaso, *animal civile*), ma « *lege constituta est* » (27). Sul piano del diritto divino Vitoria mette in dubbio che Cristo, in quanto uomo, fosse « *Dominus temporalis orbis* » e dà per certo che non ha trasferito tale *potestas* all'Imperatore: lo dimostra l'esistenza di territori, regni e *civitates* indipendenti dal potere imperiale. D'altronde la *potestas* temporale del papa è soltanto « *in ordine ad spiritualia* » (28); egli non è « *monarcha temporalis in toto orbe* » (29).

Il preteso titolo derivante dallo *ius inventionis* — il 'diritto di scoperta' che avrà largo corso nei secoli successivi — vale « *non plus quam si ipsi invenissent nos* » (30). Inoltre la differenza di religione non è giusta causa di guerra (31), in assenza di una *iniuria* commessa dai barbari non è lecito imporre la fede con la forza (32): « *per bellum barbari non possunt moveri ad credendum, sed ad fingendum se credere et recipere fidem christianam, quod immane*

(25) Ivi, p. 30.

(26) Ivi, p. 33.

(27) Ivi, p. 37.

(28) Ivi, p. 49.

(29) Ivi, p. 43.

(30) Ivi, p. 54.

(31) Cfr. F. DE VITORIA, *De iure belli*, a cura di C. Galli, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 26.

(32) VITORIA, *De Indis*, cit., p. 62.

sacrilegium est ⁽³³⁾ ». Né i peccati dei barbari che violano la stessa legge naturale (come l'antropofagia, l'incesto, la sodomia) sono 'giusta causa' di guerra: i principi cristiani non possono imporre ai barbari di astenersi da tali peccati nemmeno con l'autorizzazione del papa, che non ha giurisdizione su di loro.

2.3. A questo punto sembrerebbe a repentaglio la legittimità della conquista. Domingo de Soto, allievo e collaboratore di Vitoria, a partire da premesse di questo genere era arrivato ad ammettere di 'non sapere' con quale diritto gli spagnoli avevano conquistato le Indie ⁽³⁴⁾. Ma l'originalità di Vitoria emerge nel terzo passaggio della sua argomentazione: l'idea che esistano diritti universali.

In primo luogo « Hispani habent ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi ». Tale *ius* è fondato « ex iure gentium, quod vel est ius naturale vel derivatur ex iure naturali ». Si tratta della fondazione giusnaturalistica — nel diritto naturale, del quale per Vitoria, a differenza di altri teologi e giuristi, il diritto delle genti non è che una derivazione — di un diritto universale, per quanto attribuito qui agli spagnoli. Al diritto di viaggiare e risiedere si collegano i diritti relativi al commercio, all'esportazione e all'importazione dei prodotti. Anche questi sono diritti universali: « non plus possunt barbari prohibere hispanos a commercio suo quam christiani possunt prohibere alios christianos » ⁽³⁵⁾. Non è lecito, inoltre, impedire la partecipazione e la comunicazione dei beni comuni ai cittadini e agli *hospites*. Di più, non è lecito impedire ai figli degli spagnoli residenti in quelle terre e lì nati di acquisire la cittadinanza.

Se i barbari negano agli spagnoli l'esercizio di questi diritti universali di partecipazione alla *communitas orbis*, comunicazione,

⁽³³⁾ Ivi, p. 66; cfr. anche dalla *Relectio de temperantia* (ivi, pp. 114-15); nel Commentario alla *Secunda Secundae* Vitoria mette in dubbio l'opportunità della conversione forzata dei musulmani (ivi, pp. 122-23).

⁽³⁴⁾ Cfr. D. DE SOTO, *Relectio de dominio*, a cura di J. Brufau Prats, in ID., *Relectiones y Opusculos*, Salamanca, San Esteban, 1995, p. 176; cfr. Tosi, *La teoria della schiavitù naturale*, cit., pp. 71-75.

⁽³⁵⁾ VITORIA, *De Indis*, cit., p. 81.

commercio e cittadinanza, gli spagnoli devono adoperarsi con le parole e con i fatti per persuaderli. Se i barbari non cedono e ricorrono alla forza possono difendersi. Se subiscono una *iniuria*, questa è giusta causa di guerra: « si acciperent iniuriam, illam auctoritate principis bello persequi et alia belli iura agere »⁽³⁶⁾. E se non è possibile ottenere la pace e la sicurezza con i barbari se non attraverso l'occupazione delle loro comunità ed il loro assoggettamento, allora è lecito utilizzare questi mezzi. Infine, se « barbari perseverarent in malitia sua », allora sarebbe lecito trattarli come *perfidii hostes*, « et omnia belli iura in illos prosequi et spoliare illos et in captivitatem redigere et dominos priores deponere et novos constituere »; questo tanto più *moderate* quanto meno gravi sono il fatto e la violazione del diritto⁽³⁷⁾. È infatti la qualità dell'*iniuria* a definire l'ambito degli *iura belli* in una circolarità che rimane perfetta: tanto più è grave l'*iniuria*, tanto più ampio sarà l'ambito dei diritti di guerra.

‘Giusta causa’ di guerra è infatti solo l'*iniuria*. Nella *Relectio de iure belli*, riallacciandosi esplicitamente a questa discussione⁽³⁸⁾, Vitoria sostiene che non sono giusta causa di guerra la differenza di religione né l'*amplificatio imperii*, né la gloria del principe. « Una sola causa iusti belli est, scilicet iniuria accepta »⁽³⁹⁾. Si noti che il termine *iniuria* ha lo specifico significato della violazione di uno *ius*, di un diritto soggettivo. Significativamente, Vitoria non utilizza l'espressione ‘colpa’ (che includerebbe anche il peccato)⁽⁴⁰⁾, ed esclude dalle cause di guerra giusta violazioni della legge di natura come l'idolatria o la perversione; inoltre, l'*iniuria* deve essere di grave entità; potremmo dire che si deve trattare della violazione di un diritto fondamentale. In questo modo *ius* e *bellum iustum* rimandano l'uno all'altro⁽⁴¹⁾. E per converso, come abbiamo visto, è la possibilità di subire una *iniuria* che rende titolari di uno *ius*.

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 84.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 85.

⁽³⁸⁾ Cfr., VITORIA, *De iure belli*, cit., p. 2.

⁽³⁹⁾ Ivi, p. 30.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. I. TRUJILLO PEREZ, *Argomenti vecchi e nuovi sulla guerra. Appunti per un riesame del diritto delle genti*, in « Rivista Internazionale di filosofia del diritto », 2001, p. 125.

⁽⁴¹⁾ « avere uno *ius* [...] significa avere un titolo di guerra *iusta* » MILAZZO, *Legge*,

In un mondo nel quale le autorità ‘universali’ hanno ben precisi limiti di giurisdizione, attore principale della guerra giusta è per Vitoria la *respublica sibi sufficiens*. Lo è, per così dire, ontologicamente: condizione necessaria dell’autosufficienza è la possibilità dell’autodifesa e della vendetta per le *iniuriae* subite dalla comunità e dai cittadini. Per definizione, la *respublica* è *communitas perfecta*, e dunque ha diritto di fare la guerra senza l’autorizzazione di un principe superiore, come pure i principi possono farsi guerra senza l’autorizzazione dell’imperatore⁽⁴²⁾. Dunque l’aristotelica *respublica sibi sufficiens* assume in Vitoria molti dei tratti dello Stato sovrano, compreso lo *ius belli*, ma non solo: senza la punizione delle *iniuria* non ci potrebbe essere sicurezza della comunità politica, né il mondo potrebbe *consistere in felici statu*⁽⁴³⁾; la guerra giusta ha la specifica funzione giuridica di sanzionare la violazione dello *ius*, punire il reo, prevenire la ripetizione dell’*iniuria*. Il cerchio *ius-iniuria-bellum iustum* si fa ancora più stretto: l’autosufficienza della comunità politica — il suo essere comunità politica — ha per condizione necessaria il diritto di fare guerra per punire le *iniuriae*. Infatti, tutta la discussione su quello che oggi chiamiamo *ius in bello* è condotta da Vitoria tenendo come punto di riferimento l’idea della guerra come pena. La finalità della punizione dell’*iniuria* legittima in certi casi l’uccisione di tutti i colpevoli, il saccheggio, le conquiste territoriali, l’imposizione di tributi, fino alla deposizione dei principi e all’annessione del regno⁽⁴⁴⁾.

Tutto questo è pensato, come abbiamo visto, nella consapevolezza che non ci sono più autorità universali. E nell’assenza di poteri superiori il ruolo del principe giusto risalta con tutta evidenza. Egli deve concepire « se iudicem sedere inter duas res publicas: alteram, quae laesa est, alteram, quae iniuriam fecit, ut non tanquam accusator sententiam ferat, sed tanquam iudex satisfaciat quidem

guerra e diritto, cit., pp. 204-07; Milazzo insiste sulla « simbiosi forse inevitabile fra diritto, diritti e ‘guerra’ » (ivi, p. 152). Cfr. anche S. PIETROPAOLI, *Guerra e diritto. Ascesa e declino dello Jus publicum europaeum*, Dissertazione di dottorato, Università di Pisa, 2006, pp. 54-62, sulle diverse accezioni di *iniuria* in Cicerone e Agostino.

(42) VITORIA, *De iure belli*, cit., p. 22.

(43) Ivi, p. 12.

(44) Ivi, p. 38-42.

laesae, sed, quantum fieri poterit, sine calamitate rei publicae nocentis » (45). Dunque, anche in assenza di un terzo *super partes* la guerra assume i connotati del procedimento giudiziario e, insieme, della pena. Infatti, non vi è simmetria fra i contendenti: la condizione di principe giusto è sovraordinata a quella del nemico ingiusto, sul quale esercita una giurisdizione. Qui emerge la visione di una sovranità territoriale e *superiorem non recognoscens*. Ma la prospettiva si allarga: il tema della guerra come procedimento giudiziario e come pena rimanda ad una dimensione globale nella quale 'il mondo' diviene un attore politico-giuridico. Il principe giusto agisce sulla base del diritto naturale, diviene lo strumento di « quae necessaria sunt ad gubernatione et conservatione orbis ». È solo attraverso i principi che 'il mondo' può agire contro i *perniciosos homines* (46). Il principe giusto diventa così il tutore della comunità globale (il primo titolo della conquista è per Vittoria « naturalis societatis et communicationis ») (47) e dei diritti universali. Le comunità politiche autosufficienti agiscono in un contesto globale — di un 'mondo' al quale Vittoria finisce per attribuire una qualche soggettività (48) — sulla base di diritti universali.

La logica del secondo, terzo e quarto titolo legittimo, che si riferiscono all'annuncio della verità evangelica, non si discosta da quella del primo. La guerra di conquista è giusta come lecita risposta ad una *iniuria*, cioè alla negazione di uno *ius*, in questo caso lo *ius praedicandi et annuntiandi Evangelium*. Se infatti sarebbe illegittimo e sacrilego fare guerra per imporre la predicazione, nel caso in cui la predicazione sia impedita si nega uno *ius*, si commette una iniuria, che è giusta causa di guerra. E dunque, se non c'è altro modo è lecita l'occupazione dei territori, la deposizione dei sovrani e l'imposizione di nuovi, il ricorso a tutti gli *iura belli* (49).

(45) Ivi, p. 100.

(46) Cfr. ivi, p. 40.

(47) Cfr. VITORIA, *De Indis*, cit., p. 77.

(48) Cfr. L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Milano, Anabasi, 1995, pp. 13-14, che rimanda anche alla *relectio De potestate civili*.

(49) VITORIA, *De Indis*, cit., p. 90. Va a merito di Vittoria avere introdotto a questo punto alcune considerazioni cautelative: tutto questo vale in teoria, ma è possibile che la guerra ed i suoi effetti in termini di stermini e saccheggi in realtà ostacolino la

2.4. Fino qui Vitoria si è riferito ad un catalogo di diritti naturali, e quindi universali, ma ha preso in considerazione solo gli spagnoli come titolari di tali diritti universali. Il carattere « vistosamente asimmetrico » e « concretamente diseguale di questi diritti astrattamente universali »⁽⁵⁰⁾ è stato opportunamente rilevato. Ciò non toglie che è appunto l'universalità, per quanto astratta, a legittimare la titolarità dei diritti da parte degli spagnoli e la possibilità di esigerne il rispetto da parte degli aborigeni fino ad imporlo con la guerra di conquista. Gli aborigeni erano stati preliminarmente definiti come *veri domini* e dunque legittimi titolari di diritti. Ma c'è di più: il quinto titolo legittimo della conquista si basa proprio sull'idea che gli stessi nativi sono titolari di diritti. La conquista è in questo caso giustificata « propter leges tyrannicas in iniuriam innocentium »: i sacrifici umani e l'antropofagia. Mentre non era legittimo far guerra ai barbari per punire i loro peccati contro natura, lo è per difendere il loro diritto a non essere uccisi per sacrifici rituali o antropofagia. Lo è in quanto si tratta dell'uccisione — che configura *iniuria* — dell'innocente, insomma della difesa del diritto, naturale e universale, alla vita. E l'importanza dello *ius* — la gravità corrispondente dell'*iniuria* — è tale da giustificare il ricorso a tutti gli *iura belli*, alla destituzione dei sovrani, all'introduzione di nuove istituzioni politiche. Ed è tale che l'intervento contro l'*iniuria* che lo nega può avvenire « sine auctoritate Pontificis »⁽⁵¹⁾: la guerra per la difesa dei diritti dei barbari non richiede l'autorizzazione di un'entità superiore. Ma soprattutto la legittimità dell'intervento in difesa del diritto alla vita prescinde dalla volontà e dal consenso delle vittime, che in questo senso non sono *sui iuris*: « Nec obstat quod omnes barbari consentiant in huiusmodi leges et sacrificia, nec volunt super hoc vindicari ab hispanis; in his enim non ita sunt sui iuris, ut possint se ipsos vel filios suos tradere ad mortem »⁽⁵²⁾. Come Vitoria aveva scritto nella *Relectio de temperantia*:

conversione (cfr. ivi, pp. 90-91). Vitoria finisce per passare al modo condizionale: questo « *potuit esse secundus titulus legitimus* ».

⁽⁵⁰⁾ FERRAJOLI, *La sovranità*, cit., pp. 15-16.

⁽⁵¹⁾ VITORIA, *De Indis*, cit., p. 93.

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 94.

licitum est defendere innocentem, etsi ipse non petat, immo etiamsi renuat, maxime quando patitur iniuriam, in qua non potest cedere iuri suo, ut est in proposito. Non enim potest quis dare alicui ius occidendi seipsum, sive ad vescendum, sive ad sacrificandum ⁽⁵³⁾.

Vi sono, insomma, diritti assoluti, cui non si può rinunciare ⁽⁵⁴⁾. Ed è nella negazione di tali diritti — nell'*iniuria*, che consiste la causa di guerra giusta. Vitoria è molto chiaro; giusta causa non sono i peccati né la violazione della legge di natura come tali, ma la violazione di diritti soiggettivi: « ratio quare barbari debellari possunt non est quia comedere carnes humanas aut sacrificare homines sit contra legem naturae, sed quia inferunt iniurias hominibus » ⁽⁵⁵⁾.

2.5. Il rilievo teorico della teoria vitoriana dei diritti universali è stato a lungo sottovalutato, in una discussione incentrata sul problema della 'modernità' del contributo di Vitoria al diritto internazionale in ordine ai 'residui' teologici del suo pensiero. Non c'è dubbio che Vitoria non intimi ai teologi di tacere *in munere alieno* — come farà Alberico Gentili ⁽⁵⁶⁾ — e anzi rivendichi il loro e il suo diritto di parola. Ma il suo argomento principale ha ben poco a che fare con la teologia; è un argomento filosofico-giuridico che si basa, da un lato, sul riconoscimento della fine delle autorità politiche universali, dall'altro sulla definizione di una serie di diritti 'naturali' universali visti in una prospettiva globale. In assenza di un potere universale, di autorità sovraordinate alla *respublica sibi sufficiens*, vigono diritti universali. Diritti che costituiscono il solido punto di riferimento per la definizione della legittimità della guerra: forzando un po', si potrebbe sostenere che per Vitoria l'unica guerra offensiva legittima è, se non la guerra umanitaria, la 'guerra per i diritti'. Guerra condotta da comunità politiche autosufficienti

⁽⁵³⁾ Ivi, p. 110.

⁽⁵⁴⁾ Qui Vitoria incontra uno dei temi-chiave — e dei paradossi — della moderna teoria dei diritti soggettivi. In una serie di autori — da Ockham a Gerson, a Grozio, a Hobbes, la titolarità dei diritti come proprietà naturale del soggetto implica e legittima la rinuncia ad essi, la loro alienazione.

⁽⁵⁵⁾ Ivi, p. 110

⁽⁵⁶⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974 (trad. it. *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello 'jus publicum europaeum'*, Milano, Adelphi, 1991, pp. 104-40).

e principi sovrani il cui *ius ad bellum* = punizione dell'*iniuria* è costitutivo dell'autosufficienza, è condizione necessaria dell'autonomia.

Non c'è dubbio che Vitoria si muova entro l'orizzonte della teologia cattolica. Come scrive Todorov, « Vitoria pensa soltanto [...] alla libertà degli spagnoli di predicare il Vangelo agli indiani, e mai alla libertà degli indiani di diffondere il *Popol Vuh* in Spagna, giacché per lui la 'salvezza' cristiana è un valore assoluto »⁽⁵⁷⁾. Né potrebbe essere altrimenti per un teologo cattolico. Ma mentre la guerra per diffondere il Vangelo è sacrilega, è legittima la guerra per tutelare il *diritto* universale a predicare il Vangelo. Così come è illegittima la guerra per punire i peccati, compresi quelli contro natura, mentre è legittima la guerra per difendere le vittime dell'*iniuria*. La logica dell'argomentazione muta radicalmente, e diviene assi più potente: Vitoria definisce uno schema basato su diritti universali assoluti che *mutatis mutandis* viene riproposto ancora oggi.

Tuttavia Vitoria accoglie alcune tesi di ispirazione aristotelica, che rappresentano un'apertura di credito alle argomentazioni in difesa della conquista basate sulla servitù naturale. Egli accenna al secondo caso di schiavitù definito da Aristotele, la *servitus civili et legitima*, che non implica la schiavitù per natura. Sulla base di questa interpretazione può essere opportuno che i nativi, in quanto *parum mente validi* — non sono *amentes* ma *inepti et hebetes* sì — siano governati dai più adatti, come i figli dai genitori e le mogli dai mariti⁽⁵⁸⁾. È un tema che ritorna quando Vitoria introduce, in forma dubitativa, l'ultimo possibile titolo legittimo, sulla base dell'idea che i barbari « non omnino sint amentes, tamen parum distant ab amentibus, ita ut non sint idonei ad constituendam vel administrandam legitimam et ordinatam rempublicam etiam inter terminos humanos et civiles »⁽⁵⁹⁾. Data questa inferiorità 'naturale' un'amministrazione dei sovrani spagnoli attraverso governatori e prefetti po-

(57) TODOROV, *La conquête de l'Amérique*, trad. it. cit., p. 181.

(58) Cfr. VITORIA, *De Indis*, p. 31.

(59) Cfr. *ivi*, p. 97.

trebbe essere *pro utilitate eorum*. E ritorna l'argomento più pericoloso, la possibilità che essi siano *natura servi* ⁽⁶⁰⁾.

Non siamo in grado di valutare quanto il maestro di Salamanca sia stato indotto da considerazioni di prudenza a lasciarsi una sorta di via di fuga argomentativa per ammettere la validità dell'*encomienda*. Comunque, in questo modo la giustificazione teorico-giuridica della conquista trova, sul piano dell'antropologia e della sociologia morale, un corollario che legittimerebbe forme di asservimento e di lavoro coatto. Gli indios sono *imago Dei*, sono possibili destinatari della redenzione, sono titolari di diritti — il loro essere titolari di diritti, d'altronde, legittima la conquista — ma la loro inferiorità (culturale?) li rende assoggettabili, e rende l'assoggettamento un bene per loro stessi. Non solo Vitoria fonda sull'universalità dei diritti la legittimità della guerra di conquista; l'affermazione dell'universalità dei diritti si coniuga con la tesi dell'inferiorità naturale — o culturale — di alcuni titolari di essi.

3. La 'conversione' di Las Casas.

Se Vitoria, dall'alto della sua cattedra salmantina di Prima Teologia, ha offerto un originale inquadramento teorico alla questione della conquista, Bartolomé de Las Casas è stato un 'intellettuale' militante, impegnato a tempo pieno dalla parte degli indigeni fin dalla sua 'conversione' nel 1513-14. Ma considerare irrilevante la sua produzione teorica — come si è fatto a lungo e si continua a fare — significa sottovalutare un aspetto: la conversione di Las Casas è conversione religiosa e conversione alla causa degli indigeni ma anche assunzione di una prospettiva che se non è quella stessa degli indigeni si allontana molto da quella dei 'cristiani' spagnoli e proprio per questo offre uno sguardo interpretativo originale ⁽⁶¹⁾.

⁽⁶⁰⁾ Ivi, p. 98.

⁽⁶¹⁾ Las Casas arriva all'Hispaniola a 18 anni, nel 1502. Tre anni dopo diventa titolare di una *encomienda* e comincia ad arricchirsi con il lavoro forzato degli indigeni. Dopo la sua ordinazione come sacerdote ritorna in America, a Cuba, come cappellano militare e di nuovo *encomendero*. Per questo motivo, nel 1514 un frate domenicano gli rifiuta l'assoluzione. È l'inizio della conversione di Las Casas alla causa degli indigeni.

3.1. La ‘conversione’ della prospettiva è evidente nelle ricostruzioni storiche della conquista, a cominciare dalla più nota, la *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. Las Casas descrive lo spopolamento pressoché completo delle isole caraibiche e le devastazioni nel continente, ed attribuisce la distruzione a due cause principali: le « guerre ingiuste, crudeli, sanguinose e tiranniche » da un lato, « la più dura, la più orribile ed acerba servitù cui uomini o bestie sian mai stati costretti », dall’altro lato ⁽⁶²⁾. Egli ripercorre le vicende della conquista nelle diverse aree, secondo uno schema che si ripete pressoché immutato. Alla ‘scoperta’ gli indigeni si dimostrano curiosi, benevolenti ed ospitali. Gli spagnoli rispondono con il massacro e la violenza più efferata, dagli sgozzamenti alle uccisioni di donne gravide e di bambini, al ‘pubblico macello di carne umana’ da dare in pasto ai cani ⁽⁶³⁾; una violenza in certi casi gratuita, in altri finalizzata ad ottenere oro e ricchezze, molto spesso ‘terroristica’, perpetrata allo scopo di preparare il terreno per l’assoggettamento. Segue la conquista e la riduzione delle popolazioni in una condizione di insopportabile servitù se non di schiavitù propriamente detta (in violazione anche della lettera delle leggi castigliane). La predicazione del cristianesimo, fonte prima di legittimazione della conquista, arriva per ultima ed è ridotta all’assurdo quando si pretende di imporla « pena la guerra a fuoco e sangue, la morte e la schiavitù » ⁽⁶⁴⁾.

Las Casas sostiene che le descrizioni accreditate della natura e dei costumi degli indigeni e le cronache degli eventi sono piene di

Dopo la liberazione dei servi e la restituzione delle terre il frate domenicano sarà protagonista di interventi sulla corte, cercherà di attuare esperimenti di colonizzazione pacifica e di restituzione dell’autonomia agli indios, avrà per un breve periodo l’incarico di vescovo del Chiapas, fino a divenire diretto rappresentante dei cacicchi indigeni nella discussione originata dalle pressioni dei coloni su Carlo V e Filippo II per ottenere la perpetuità delle *encomiendas*. A questa attività pratica si collega una importante produzione letteraria: oltre agli scritti di occasione, si tratta prevalentemente di narrazioni degli eventi della conquista e di opere teoriche.

⁽⁶²⁾ B. DE LAS CASAS, *Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias* (1552); trad. it. a c. di C. Acutis, *Brevissima relazione della distruzione delle Indie*, Milano, Mondadori, 1987 [10^a rist. 2001], p. 32.

⁽⁶³⁾ Cfr. ad es. ivi, pp. 35-36.

⁽⁶⁴⁾ Ivi, p. 51.

errori di fatto, e nelle argomentazioni in favore della conquista basate su di esse si aggiungono errori di diritto. È questo il caso delle tesi sostenute da Juan Gines de Sepúlveda nella *Congregación* di Valladolid del 1550⁽⁶⁵⁾. Nella *Apologia* — il testo della sua replica a Sepúlveda — Las Casas sostiene che l'immagine degli indigeni è falsata, basata su *merae fabulae* e *impudentissima nugamenta*, in particolare sulla *Historia General* di Gonzalo Fernández de Oviedo, corresponsabile nella conquista e arricchitosi con la riduzione in schiavitù degli indigeni⁽⁶⁶⁾. Le tesi di Sepúlveda, se accolte, non solo condannerebbero alla perdizione moltitudini innocenti e pronte a ricevere il Vangelo, ma indebolirebbero la giurisdizione dei re di Spagna, fino a distruggere l'Impero « evertendi ac conturbandi divina et humana iura omnia »⁽⁶⁷⁾. E la santissima fede in Cristo diventerebbe odiosa e abominevole per tutte le nazioni di quella terra.

Las Casas non esita a dichiarare che la guerra di conquista delle Indie è priva di ogni legittimità:

gli indiani non han dato causa alcuna a che si commettessero tutte le ingiustizie e le malvagità che ho detto. [...] E so per scienza certa e infallibile che le guerre degli indiani contro i cristiani furono sempre giustissime, mentre nemmeno una di quelle intraprese dai cristiani contro gli indiani lo è stata. Ché anzi furono tutte diaboliche e ingiustissime, ben più di quelle mosse da qualsiasi tiranno di tutti i tempi⁽⁶⁸⁾.

La prospettiva è simmetricamente rovesciata: sono i nativi a detenere la *iusta causa belli*⁽⁶⁹⁾: sono stati loro a subire *iniuriae*⁽⁷⁰⁾, e

(65) Cfr. TOSI, *La teoria della schiavitù naturale*, cit., pp. 128-58.

(66) Cfr. B. DE LAS CASAS, *Apologia*, in ID., *Obras Completas*, ed. A. Losada, Madrid, Alianza Editorial, 1988, vol. 9, pp. 630-40.

(67) Ivi, p. 68.

(68) LAS CASAS, *Brevísima Relación*, trad. it. cit., pp. 41-42.

(69) Las Casas definisce la resistenza dei messicani a Cortéz, e l'uccisione degli spagnoli in fuga una « santa e giustissima azione », perché essi avevano « giustissime cause di guerra » (ivi, p. 67); e gli indigeni di Trinidad, nell'uccidere due frati domenicani rimasti nell'isola dopo la deportazione del loro capo « presero giusta vendetta di loro ammazzandoli, quantunque innocenti » (ivi, p. 100).

(70) Cfr. LAS CASAS, *Apologia*, cit., pp. 522, 524.

il conflitto è « ex parte sua iustissimum » (71). Las Casas utilizza efficacemente gli argomenti della *Relectio de iure belli* cambiandone il segno: la giusta causa è identificata con l'*iniuria* (in questo caso la violazione dei diritti degli indigeni commessa dagli spagnoli) mentre vengono valorizzate tutte le clausole prudenziali attraverso le quali Vitoria invitava a riflettere bene sull'opportunità di intraprendere una guerra, a considerare gli effetti collaterali, a perseguire il male minore. E della *Relectio de Indis* Las Casas enfatizza la confutazione dei 'titoli illegittimi'. Per quanto riguarda i 'titoli legittimi', sostiene che o presuppongono circostanze di fatto che non si sono verificate, o sono espressi dubitativamente e *conditionaliter*. Gli indigeni che combattono contro gli spagnoli sono dunque degni di lode « a prudentibus quibusquam philosophis » (72).

3.2. Contro l'argomento proposto da Sepúlveda della 'guerra santa' per porre fine ai peccati contro natura — sacrifici umani, cannibalismo rituale, costumi immondi — e convertire gli indigeni, Las Casas obietta che il potere della Chiesa ha limiti precisi e non si estende ai non cristiani, salvo in una serie di casi precisamente definiti. Ritornano gli argomenti di Vitoria sui limiti della giurisdizione del papa e di quella dell'imperatore e sul fatto che Dio ha costituito una pluralità di legittimi « reges, principes et iudices, etiam paganos » (73). Gli infedeli che abitano nei regni dei principi infedeli, per quanto possano commettere crimini orrendi contro gli uomini e contro Dio non « non sunt actualiter subditi Christo; ergo nec Ecclesiae nec de foro eius » (74); lo sono soltanto in potenza.

(71) Ivi, p. 526.

(72) Ivi, p. 334. Per Las Casas « bello parare regna, tyrannorum et latronum est; non Christianorum, immo neque prudentium » (ivi, p. 546). In effetti, nel corso dell'esposizione il paradigma della guerra giusta viene sempre più indebolito. Las Casas definisce la *vim bellicam* come *omnium malorum summam*, mentre la guerra « opus est de se impium » (ivi, p. 368), « malorum omnium oceanus » (ivi, p. 468), in un crescendo argomentativo nel quale gli esempi addotti sembrano compromettere la possibilità di definire 'giusta' una qualsiasi guerra, se non altro sulla base dell'argomento del male minore.

(73) Ivi, p. 312.

(74) Ivi, p. 130.

Significativamente, questo è dimostrato anche sulla base dell'argomento aristotelico sull'autosufficienza della comunità politica:

pagani principes legitime possunt fines suos tueri et legitime iurisdictionem exercent; eorum enim iurisdiction non minus naturalis est quoad hoc quam iurisdiction principum Christianorum. Quoniam, iuxta Philosophus in *Politicis*, omnis respublica debet esse per se sufficiens et est territorium universitatis agrorum intra fines cuiuslibet loci existens ubi quis obtinet ius imperandi [...] ⁽⁷⁵⁾.

Ogni *iurisdiction*, anche quella della Chiesa, ha dei confini territoriali. E nessuno può esercitare legittimamente la sua giurisdizione al di là di questi confini, si tratti anche dell'imperatore ⁽⁷⁶⁾. Qui e in altri luoghi gli argomenti sulla fine delle autorità universali e sui limiti territoriali della giurisdizione sono sviluppati in modo più conseguente di quanto avesse fatto lo stesso Vitoria.

D'altra parte gli indigeni non possono venire puniti a causa della loro idolatria perché sono affetti da 'ignoranza invincibile'. Infatti — sostiene Las Casas adducendo una serie di *auctoritates* teologiche a conforto di una tesi radicale — né l'esistenza di Dio, né tanto meno la sua unicità, sono autoevidenti ⁽⁷⁷⁾, mentre gli errori religiosi dei nativi sono confermati dai loro saggi, sovrani, governatori, magistrati ⁽⁷⁸⁾. Questi argomenti sembrano alludere ad una qualche differenza fra colpe che riguardano la legge divina e violazioni della legge umana, ad una distinzione (incompleta) fra illecito e peccato ⁽⁷⁹⁾. Gli stessi peccati di Giudei e Saraceni, la bestemmia, perfino il *nefandum peccatum* della sodomia, non sono puniti « nisi non laeditur nec impeditur bonum nostrae Christianae reipublicae » ⁽⁸⁰⁾.

3.3. Sepúlveda aveva fatto ricorso ad un antico *topos* della teologia politica, tornato in auge nel dibattito sulla conquista così come nella teologia riformata: l'interpretazione della parabola del

⁽⁷⁵⁾ Ivi, p. 180.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. ivi, p. 174.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. ivi, p. 256.

⁽⁷⁸⁾ Ivi, p. 258.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. ivi, pp. 308, 312, 314.

⁽⁸⁰⁾ Ivi, p. 316.

‘banchetto nuziale’ in *Luca* 14, 16-24 come legittimazione per l'imposizione violenta della fede. Alla tesi che Vangelo e remissione dei peccati « armis et bombardis annuntiarum debere »⁽⁸¹⁾ Las Casas, rovesciando la prospettiva, contrappone l'esempio delle azioni di Giacomo apostolo per evangelizzare pacificamente gli antichi Ispani, a loro volta ‘barbari’ secondo testimoni autorevoli come Isidoro di Siviglia. Emerge un universalismo virtuoso: i nativi possono essere convinti come gli altri popoli: « Cum hominum natura eadem sit et omnes eodem modo vocentur a Christo »⁽⁸²⁾. Né il *compelle eos intrare* della parabola allude ad una costrizione fisica, ma alla forza della persuasione: imporre la propria dottrina è tipico dei turchi e dei maomettani, non dei cristiani⁽⁸³⁾. D'altra parte, prosegue Las Casas proponendo un'interpretazione assai originale, il verbo *subiicere* nella bolla *Inter Coetera* di Alessandro VI va inteso come « disporre ad legem evangelicam suscipiendam »⁽⁸⁴⁾. E quando Alessandro VI scrive « ut barbari deprimantur » si riferisce ad *Mauros Granatenses*: agli infedeli già sconfitti dai re cattolici nella *Reconquista* di Granada.

3.4. Se alcune di questi argomenti hanno un valore soprattutto polemico e *ad hominem*, è nell'affrontare le questioni della servitù naturale e dei sacrifici umani che Las Casas dimostra la sua originalità teorica. A Valladolid Sepúlveda aveva riproposto la tesi secondo la quale gli indiani — *homunculi* — per la loro *tarditas insita* sono *servi a natura*, radicalizzandola attraverso un'esplicita affermazione della superiorità della civiltà cristiana sulla cultura dei ‘barbari’. Las Casas decostruisce dall'interno questi argomenti. Appoggiandosi all'autorità di Tommaso distingue quattro tipi di barbari. In primo luogo, impropriamente, si definiscono ‘barbari’ tutti

⁽⁸¹⁾ Ivi, p. 504.

⁽⁸²⁾ Ivi, p. 506.

⁽⁸³⁾ Cfr. ivi, p. 558.

⁽⁸⁴⁾ « Unde omnibus diligenter et praesertim fidei catholicae exaltatione et dilatatione, prout decet catholicos reges et principes, consideratis, more progenitorum vestrorum clarae memoriae regum, terras firmas et insulas praedictas illarumque incolae et habitatores vobis, divina favente clementia, subiicere et ad fidem catholicam reducere proposuistis » (cfr. ivi, pp. 648-62).

gli uomini crudeli, che in conseguenza dell'ira o della propria natura si allontanano tanto dalla ragione umana da risultare 'inumani' e perpetrare crimini tipici degli animali feroci⁽⁸⁵⁾. In secondo luogo sono chiamati barbari « illorum qui litterali sermone carent » ma anche chi, per la differenza della lingua, « alium secum loquenter non intelligit » (Paolo di Tarso si autodefinisce 'barbaro' in questo senso e i Greci chiamavano barbari i Romani)⁽⁸⁶⁾. In quarto luogo si definiscono 'barbari' i non cristiani. Gli appartenenti a queste tre categorie sono barbari « non simpliciter sed secundum quid », non *proprie* ma *ex accidenti*. E in base a questi criteri possono essere considerati barbari individui o popoli civilizzati e dotati di istituzioni politiche. È solo la terza categoria ad includere i barbari in senso proprio e in accezione ristretta.

Tertia barbarorum species propria ratione et stricte sumpto vocabulo est eorum hominum qui vel impio et pessimo ingenio vel ex infelicitate regionis quam incolunt sunt saevi, feroces, stolidi, stupidi, a ratione alieni, qui neque legibus vel iure gubernantur neque amicitiam colunt neque rempublicam aut civitatem politica rationem constitutam habent, immo carent principe, legibus et institutis; non ineunt certis ritibus matrimonia, denique nullum habent humanum commercium: non vendunt, non emunt, non conducunt, non locant, non contrahunt societatem, non deponunt, non mutant, non commodant. Denique nullus ex contractibus iuris gentium apud eos in usu est [...]. Immo vivunt dissipati et sparsi nemora et montes incolentes, contenti tantum feminis suis quemadmodum faciunt animalia, non solum mansueta verum etiam fera. Hi simpliciter et proprie sunt barbari [...]. De his loquitur Philosophus et hos pronuntiat esse natura servos, cum careant naturali principatu, non habentes reipublicae institutionem, quoniam inter eos nullus est ordo neque enim subditi cuiquam sunt neque principem habent⁽⁸⁷⁾.

I barbari propriamente detti, dunque, sono uomini che per cause ambientali o psichiche non presentano gli elementi tipici della natura umana sviluppata: la ferocia, l'idiozia e l'irrazionalità li rendono incapaci di forme sviluppate di socialità (*amicitia*), di rapporti coniugali stabili e ritualizzati, di *humanum commercium*. Non hanno elaborato né gli istituti del diritto privato né norme pubbliche, né istituzioni politiche. E infatti — ben lontani dal modello

⁽⁸⁵⁾ Cfr. *ivi*, p. 80.

⁽⁸⁶⁾ *Ivi*, p. 86.

⁽⁸⁷⁾ *Ivi*, p. 88.

antropologico dello *zoón politikon* — vivono isolati nei boschi e sui monti, accoppiandosi come gli animali. Privi di ordine politico, incapaci di definire rapporti di sovraordinazione e subordinazione, sono *natura servi*. È di questo genere di barbari *simpliciter, stricte ac proprie* che il Filosofo dice nella *Politica* « *eos debere gubernari a Graecis, id est, a sapientioribus, quoniam natura, propter ingenii stuporem et feritatem, eos servos facit* »⁽⁸⁸⁾. Las Casas precisa immediatamente che questa categoria ‘mostruosa’ di barbari è rara: la natura tende a produrre enti perfetti, ed è impossibile che l’intera popolazione di una vasta parte del mondo sia composta di barbari in senso stretto, schiavi per natura⁽⁸⁹⁾. Sarebbe quasi blasfemo affermarlo: « *impius in Deum et naturae contumeliosus ausit scribere infinitam oceanum incolentium multitudinem barbaram, feram, incultam et stupidam esse* »⁽⁹⁰⁾.

Se Las Casas ammette che questa specifica categoria di ‘barbari’ che vivono isolati, al di fuori del commercio umano e delle comunità politiche siano *natura servi*, ciò non significa che segua Aristotele in tutte le sue argomentazioni, anzi ne prende esplicitamente le distanze: « addio Aristotele! ». Il Filosofo sosteneva che questo genere di barbari possono venire cacciati come gli animali. Ma Las Casas obietta che se anche sono barbari, questi uomini « *sunt creati ad imaginem Dei [...] et Christi sanguine pretiosissimo redempti* »⁽⁹¹⁾. Qui la verità rivelata corregge e in parte smentisce Aristotele. Per condurre questo tipo di barbari alla retta ragione e far loro apprendere costumi virtuosi la persuasione caritatevole e mansueta è assai più opportuna che la coazione rigida. Le affermazioni di Aristotele sulla caccia ai barbari non legittimano né la loro uccisione indiscriminata né la loro cattura ad opera di uomini più sapienti per sottoporli a lavori iniqui, adatti ad animali da soma:

Valeat Aristoteles! A Christo enim qui est Veritas Aeterna habemus: *Diliges proximum tuum sicut teipsum, (Matthaei 22°)* [...]. Qui cupit plurimos esse ut (Aristotelis dogmata sequens) in illos saevum carnificem agat, ut illos

⁽⁸⁸⁾ Ivi, p. 98.

⁽⁸⁹⁾ Ivi, pp. 96-98.

⁽⁹⁰⁾ Ivi, p. 92.

⁽⁹¹⁾ Ivi, p. 98.

servitute premat et de eis ditescat, tyrannus est, non Christianus, filius Sata-nae, non Dei, praedo est, non pastor, ducitur spiritu diabolico, non spiritu coelesti ⁽⁹²⁾.

Comunque gli indiani hanno « illustria regna, grandes hominum multitudines politice ac socialiter viventium, magnas civitates, reges, iudices, leges » e sono « commerciis, emptionibus, venditionibus, locationibus, caeterisque contractibus iuris gentium utentes » ⁽⁹³⁾. Anche l'uomo americano è *zoón politikon*, commercia, ha sviluppato istituzioni politiche e contratti privati. Gli indios si dimostrano esperti nelle arti meccaniche, niente affatto stupidi, ed anche dotati in quelle arti liberali nelle quali sono stati adeguatamente istruiti ⁽⁹⁴⁾.

D'altronde, aggiunge Las Casas mostrando una straordinaria capacità di assumere un punto di vista transculturale, con il pretesto della superiorità intellettuale ogni popolo potrebbe muovere guerra ad ogni altro; in particolare, turchi e mori — secondo alcuni superiori ai cristiani dal punto di vista del regime politico — potrebbero sottomettere gli Indios *optimo iure*. Ma in realtà, dato che sulla base della *lex aeterna* ogni popolo ha propri governanti o principi, « non est quod gens sub praetextu sapientiae aliam impetat neque aliena regna diruat » ⁽⁹⁵⁾. Al contrario ogni popolo, anche barbaro, può intraprendere una guerra difensiva contro i *sapientiores* che cercano di sottometterlo e privarlo della libertà « Et hoc bellum certe iustius est quam illud quod sub nomine sapientiae illis infertur » ⁽⁹⁶⁾. L'idea dell'autonomia dei popoli si collega con la critica dei pregiudizi basati sulla presunta superiorità culturale. Se la *respublica sibi sufficiens* di Vitoria sembra alludere allo Stato sovrano, le *gentes* dotate di propri *rectores* di cui parla Las Casas sembrano sulla via dell'autodeterminazione. E la loro guerra per

⁽⁹²⁾ Ivi, p. 100.

⁽⁹³⁾ Ivi, p. 104.

⁽⁹⁴⁾ D'altra parte, dice Las Casas citando la testimonianza di Isidoro di Siviglia e Trogo Pompeo « Hispana gens barbara ac effera appellatur » (ivi, p. 106). Sarebbe stata legittima per loro l'*encomienda* e il *repartimiento*? San Giacomo avrebbe dovuto evangelizzare in questo modo i concittadini di Sepúlveda?

⁽⁹⁵⁾ Ivi, p. 112.

⁽⁹⁶⁾ Ivi, p. 114.

respingere la pretesa dei *sapientiores* di assoggettarli è guerra giusta ⁽⁹⁷⁾.

3.5. Fino qui Las Casas ha potuto basarsi sulla teoria dei diritti e della guerra di Vitoria, ma su un punto ne deve prendere le distanze: una serie di argomenti addotti da Sepúlveda rimanda alla difesa degli indigeni vittime dell'antropofagia e dei sacrifici umani ⁽⁹⁸⁾. Si tratta, secondo lo stesso Vitoria, di *iniuriae* tanto gravi — in quanto violano diritti assoluti — da non richiedere l'autorizzazione di autorità superiori per essere punite. Las Casas invece non solo torna a problematizzare la competenza della Chiesa in merito ed afferma che i principi temporali riguardo a questo peccato sono da considerare « *personae privatae neque extra fines regni uniuscuiusque ius dicere possunt* » ⁽⁹⁹⁾; si fonda anche sul principio — di diritto naturale — in base al quale fra due mali inevitabili si deve scegliere il minore. A questo proposito, da un lato ridimensiona il numero delle vittime dei sacrifici e dell'antropofagia, dall'altro mostra tutta la violenza della guerra e la gravità dei suoi effetti collaterali ⁽¹⁰⁰⁾. Se ogni anno sono sacrificati per motivi rituali non più di mille innocenti, i *conquistadores* ne trucidano diecimila ogni giorno ⁽¹⁰¹⁾, ed è arduo distinguere gli innocenti dai colpevoli ⁽¹⁰²⁾.

Il distacco da Vitoria è evidente quando Las Casas considera scusabili — in virtù di una 'ignoranza probabile' — l'antropofagia ed i sacrifici umani. Per Las Casas l'antropofagia è un comportamento ferino, ma non viola la legge di natura e in certi casi estremi può essere giustificata ⁽¹⁰³⁾. In ogni modo, non configura una giusta causa di guerra, perché solo i legittimi sovrani dei peccatori hanno competenza in merito: « *Nullus enim est in orbe iudex vel*

⁽⁹⁷⁾ Alla fine anche la nozione di 'barbaro' è relativa « *Hispani qui tot horrendi stragibus tot caedibus et plusquam tartareis malis affligerunt Indios, gentes quidem mansuetissimas innoxias universi, barbari sunt et barbari peiores* » (ivi, p. 122).

⁽⁹⁸⁾ Ivi, p. 360.

⁽⁹⁹⁾ Ivi, p. 362.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. ivi, p. 370.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. ivi, pp. 392, 408, 462.

⁽¹⁰²⁾ Ivi, p. 396.

⁽¹⁰³⁾ Ivi, p. 416.

princeps qui huiusmodi crimina punire posset praeter eorum principes, iudices et reges » (104).

Né sono giusta causa di guerra i sacrifici umani. Si tratta di pratiche religiose che esprimono una cultura tradizionale, che risalgono a tempi memorabili e sono giustificate dall'autorità degli uomini ritenuti più saggi. Di fronte a queste convinzioni radicate la guerra si rivela uno strumento inadeguato. I nativi hanno di fronte persone *superbae, avarae, truculentae*, che mettono in questione la religione dei loro avi, confermata da una consuetudine secolare e rafforzata dall'autorità dei *prudentes*. Gli Indigeni cadono pertanto in un 'errore probabile'. Aristotele nei *Topici* definisce tale « quod omnes homines approbant vel maior pars sapientium vel illi quorum sapientia est magis approbata. [...] Et huiusmodi decreta horum sententiis comprobata moraliter dicuntur certa secundum eundem Philosophum » (105). È la teoria aristotelica degli *endoxa*: nell'ambito pratico non è attingibile la dimostrabilità apodittica; un principio sul quale c'è consenso diffuso e, soprattutto, che viene approvato dai più saggi è fondato *moraliter*, attinge tutta la certezza conseguibile nell'ambito della morale. D'altra parte, rileva Las Casas, quasi tutti i popoli hanno fatto ricorso ai sacrifici umani, come testimoniano sia storici pagani che storici cristiani, mentre saggi filosofi come Cicerone e Seneca non si sono opposti a tali pratiche. Qui la razionalità fronetica, la logica probabilistica della filosofia pratica aristotelica sembrano venire contrapposte al ragionamento apodittico *more geometrico* della teoria vittoriana dei diritti assoluti e inderogabili. E l'universalismo dei fondamenti è indebolito nell'ottica del male minore, attraverso un ricorso pionieristico ad una sorta di comparazione antropologica che riconosce la differenza culturale nelle interpretazioni dei principi.

Las Casas aggiunge che mentre non è possibile dimostrare agli Indigeni attraverso la ragione naturale che non è lecito immolare vittime in sacrificio ai loro dei, per la stessa ragione naturale essi potrebbero dimostrare che hanno il *dovere* di farlo. Tale argomento è costruito da Las Casas a partire dall'idea (1) che nessun popolo,

(104) Ivi, p. 418.

(105) Ivi, p. 422.

per quanto barbaro, è privo di una qualche cognizione del divino; inoltre (2) gli uomini sono istintivamente inclini ad adorare Dio; di conseguenza (3) il diritto naturale li obbliga « per eccellentiora ac meliora Deum honorare ac de melioribus sacrificium offerre »⁽¹⁰⁶⁾, ma (4) il sacrificio è la forma più alta di culto dovuto a Dio; quindi (5) che si facciano sacrifici a Dio è *de iure naturali*, mentre « quod hoc vel illud offerre in sacrificium [...] de iure humano »⁽¹⁰⁷⁾; (6) se il diritto positivo non vieta né sanziona un certo tipo ed un certo oggetto di sacrificio, è lecito « unicuique sacrificare quod vellet »⁽¹⁰⁸⁾. Dunque (7), in assenza di « lege positiva humana vel divina [...] homines debere humana victimas immolare Deo vero aut putativo si pro Deo vero habeatur »⁽¹⁰⁹⁾. Assistiamo ad una sorta di rovesciamento dialettico. Coloro « qui fide carent probabilem habent errorem immolandi homines Deo »⁽¹¹⁰⁾ e d'altra parte « non facile neque repente neque paucis verbis persuaderi posse Indis ut a recepta immolandi homines consuetudine abstineant »⁽¹¹¹⁾. Anzi, gli indigeni sono *tenuti* a difendere i loro culti tradizionali:

tenetur proculdubio, pro defensione culturae deorum suorum et suae religionis, armatis copiis contra quoscumque attentantes illa sibi tollere aut iniuriam eis irrogare vel impedire sacrificia sua exire obviam pugnare, occidere, capere et omnia iura quae bellum iustum iure gentium consequuntur operari⁽¹¹²⁾.

3.6. Si potrebbe sostenere che la teoria vitoriana dei diritti naturali/umani/universali come titolo legittimo della conquista sia assai più moderna — se non addirittura inquietantemente ‘postmoderna’ — della generosa difesa dei nativi da parte di Las Casas. Alle tesi ‘laiche’ e universalistiche di Vitoria — pur reinterpretate — Las Casas aggiunge argomenti basati sul principio cristiano dell’*imago*

⁽¹⁰⁶⁾ Ivi, p. 432.

⁽¹⁰⁷⁾ Ivi, p. 436.

⁽¹⁰⁸⁾ Ivi, p. 438.

⁽¹⁰⁹⁾ Ivi, p. 442.

⁽¹¹⁰⁾ Ivi, p. 444.

⁽¹¹¹⁾ Ivi, p. 448; cfr. p. 454.

⁽¹¹²⁾ Ivi, p. 460.

Dei, che gli consente di prendere congedo da Aristotele. Al quale si riavvicina per utilizzare la sua teoria degli *endoxa* allo scopo di qualificare come 'errore probabile' i sacrifici umani. D'altra parte Las Casas utilizza in tutte le sue potenzialità il nesso stabilito da Vitoria fra *ius*, *iniuria* e *bellum iustum*. E *ius* è inteso nell'accezione soggettivistica, definito come un tipo di potere: *ius movendi bellum, potestas et auctoritas vel ius erigendi* ⁽¹¹³⁾.

Da questo punto di vista può essere utile considerare brevemente un'opera successiva all'*Apologia*, il *De regia potestate*. Sulla base dell'autorità di Tommaso e del diritto canonico, Las Casas afferma in essa che per natura tutti gli uomini sono uguali (*pari*) ed ugualmente liberi: « *libertas est ius insitum hominibus de necessitate et per se ab exordio rationalis naturae, et sic de iure naturali* ». La libertà è un diritto naturale, e d'altronde era la condizione dello stato di natura. Una libertà che dagli uomini si estendeva alla terra ed ai beni mobili: « *a principio generis humanis, omnis homo, et omnis terra, et omnis res, de iure naturali et gentium primaevio fuit libera et allodialis, id est, franca, nulli subiecta servituti* » ⁽¹¹⁴⁾. Di conseguenza, sostiene Las Casas, il potere politico è detto solo impropriamente *dominium*, e non pregiudica la libertà ⁽¹¹⁵⁾. Se la libertà è diritto naturale, ne consegue che il potere viene dal popolo: « *imperium immediate processit a populo* » attraverso una « *liberam electionem* ». E, a differenza di quanto sosterranno Grozio e Hobbes, l'investitura dei sovrani da parte del popolo non comporta la rinuncia alla libertà. Il popolo, causa efficiente e finale dei re e dei principi, eleggendoli « *libertatem suam non amisit, nec potestatem commisit aut concessit gravandi se, sibi violentiam inferendi aut aliquid aliud in praeiudicium totius populi sive communitatis faciendi aut constituendi* » ⁽¹¹⁶⁾. In questa prospettiva Las Casas si

⁽¹¹³⁾ B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Atlanta, Scholars Press for Emory University, 1997 (trad. it. *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, Bologna, Il Mulino, 2002).

⁽¹¹⁴⁾ B. DE LAS CASAS, *De regia potestate*, a cura di G. Tosi, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 4.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. *ivi*, p. 28.

⁽¹¹⁶⁾ *Ivi*, p. 22.

ricollega al principio del governo della legge, dando ad esso un'interpretazione tendenzialmente democratica: di fronte al sovrano « non sunt illi [il popolo] sub potestate sua, sed sub protestate legis » (117). Da questo diritto universale di libertà Las Casas deduce la riduzione della schiavitù a fenomeno accidentale, effetto del caso e della fortuna (118). Rovescia cioè la tesi aristotelica della schiavitù naturale.

Le singole tesi proposte da Las Casas non sono certamente originali, trovano precedenti ripetuti nella storia del pensiero politico e giuridico medievale e protomoderno; ma Las Casas le combina in un modello che appare originale nella sua radicalità. Tutt'altro che originale è invece la posizione qui assunta sul problema della legittimità della conquista. L'unico titolo legittimo rimane la giurisdizione del re di Spagna sulle Indie conferita dal pontefice con la 'donazione' contenuta nella bolla *Inter Coetera* del 1494, finalizzata alla diffusione della religione cristiana. Si tratta, con tutta evidenza, di una regressione rispetto alla 'moderna' legittimazione basata sui diritti universali elaborata da Vitoria. Ma è abbastanza agevole comprenderne il senso. Dopo le *Lejes Nuevas* del 1543, più favorevoli agli Indigeni ma non applicate, i coloni spagnoli cercavano di ottenere da Filippo II la trasformazione delle *encomiendas* in titolo perpetuo. Las Casas si oppose a questo tentativo, è opportuno ricordarlo, *su mandato* dei cacicchi indigeni, ed è in questo contesto che scrive il *De regia potestate*. L'arretrata riproposizione dell'idea del potere del re di Spagna conferito dal papa si connette con la limitazione di questo potere alla *iurisdictio* — che dovrebbe lasciare ampi spazi di autogoverno alle comunità locali, oltre ad escludere la servitù — ed all'assegnazione al re del ruolo di tutore e garante della naturale libertà degli indigeni (119).

Il *De regia potestate* può essere anche un punto di riferimento per un'interpretazione complessiva dell'itinerario — teorico e militante — di Las Casas. Todorov sostiene che, anche dopo la 'conversione', Las Casas assume un punto di vista antischiavista, ma ri-

(117) Ivi, p. 26.

(118) Cfr. ivi, p. 6.

(119) Cfr. TOSI, *La teoria della schiavitù naturale*, cit., pp. 199-201.

mane in un'ottica colonialista. Ama gli indiani, ma non si oppone alla loro annessione: vuole che sia compiuta dai religiosi anziché dai soldati. Sintomo di tutto ciò è per Todorov il fatto che Las Casas rimase a lungo favorevole alla schiavitù degli africani ⁽¹²⁰⁾: « la sua generosità si basa sullo spirito di assimilazione, sull'affermazione che l'altro è uguale a noi (e tale affermazione è un po' troppo stravagante nel caso dei neri) » ⁽¹²¹⁾. Ma nella discussione sui sacrifici umani dell'*Apologia* Las Casas per Todorov cambia punto di vista, guadagna il 'prospettivismo', supera la teologia per l'antropologia religiosa ⁽¹²²⁾. Se si tiene presente che il *De regia potestate* è successivo all'*Apologia*, forse si può ritrovare una costante: le posizioni di Las Casas nel corso del tempo diventano più radicali, ma rimane l'obiettivo di arrestare la conquista, di liberare gli indigeni asserviti, di restituire alle comunità indigene la loro autonomia. È un progetto politico, che ha bisogno di interlocutori, e che non può fare a meno di ricercare il sostegno della corona, il cui titolo ad una (blanda, liberale, basata sul governo della legge) *iurisdictio* sulle Indie occidentali non può pertanto venire messo in questione. Alla luce di questo progetto Las Casas è più universalista di Vitoria sul piano della titolarità dei diritti, o meglio sviluppa le implicazioni dell'universalismo dei titolari applicando conseguentemente il principio della reciprocità, fino a giudicare *bellum iustum* la resistenza degli indigeni alle *iniuriae* degli spagnoli. Allo stesso tempo, è come

⁽¹²⁰⁾ L'immagine di un Las Casas favorevole al rimpiazzamento del lavoro servile dei nativi americani con quello schiavile degli africani, e in qualche modo corresponsabile della tratta, ha circolato a lungo ed è ancora senso comune. Interessanti argomenti contrari sono stati addotti da Isacio Pérez Fernández nel volume *Fray Bartolomé de Las Casas, O.P. De defensor de los indios a defensor de los negros. Su intervención en los orígenes de la deportación de esclavos negros a América y su denuncia de la previa esclavización en África*, Salamanca, Editorial San Esteban, 1995. Pérez Fernández ha anche pubblicato in volume la digressione della *Historia de las Indias* relativa alla conquista portoghese delle isole e delle coste dell'Africa occidentale presentandola come una denuncia della sottomissione degli africani parallela a quella relativa agli indios. Cfr. B. DE LAS CASAS, *Brevísima relación de la destrucción de África. Preludio de la destrucción de Indias. Primera defensa de los guanches y negros contra su esclavización*, Salamanca, Editorial San Esteban, 1989.

⁽¹²¹⁾ TODOROV, *La conquête de l'Amérique*, trad. it. cit., p. 207.

⁽¹²²⁾ Cfr. ivi, pp. 225-35.

se segnalasse i rischi dell'universalismo dei fondamenti, della pretesa di attingere un fondamento 'assoluto' dei diritti al di là delle differenze, delle tradizioni morali, dei contesti culturali; un fondamento tale da giustificare gli interventi coercitivi contro la violazione dei diritti 'assoluti' anche contro la volontà dei titolari.

4. *Modernità o contemporaneità?*

Non è questo il luogo per trarre conclusioni teoriche da questa breve analisi, né tantomeno per proporre una 'morale' della storia. A lungo si è discusso sulla 'modernità' di questi autori, in relazione soprattutto alla presenza massiccia di argomentazioni teologicamente fondate, nello stile della scolastica medievale⁽¹²³⁾. Non c'è dubbio che questi autori *non* argomentano 'come se Dio non esistesse' e fanno ricorso ad un ampio apparato di *auctoritates* scritturali, patristiche, ecclesiali (come peraltro continueranno a fare Grozio e Hobbes, escludendo ovviamente quelle non compatibili con la Riforma). E non c'è dubbio che il loro quadro di riferimento non è ancora il 'modello Vestfalia', né lo *ius publicum europaeum*.

Tuttavia in Vitoria troviamo la consapevolezza che le relazioni internazionali sono relazioni fra entità politiche autonome, la cui autorità *non* dipende da un'investitura 'superiore', dal 'potere apostolico', entità di fatto *superiorem non recognoscentes*. Una consapevolezza che in Las Casas, nonostante le concessioni 'politiche' all'investitura papale dei sovrani spagnoli, diviene anche più radicale con gli argomenti sui limiti territoriali della giurisdizione e con la tesi dell'origine popolare del potere connessa al governo della legge. Troviamo inoltre una visione ormai matura dei diritti soggettivi: l'individuo umano, in quanto caratterizzato da facoltà razionali e possibile oggetto di *iniuria*, è titolare di *iura*. Ed esistono dei diritti che, in quanto derivati dal diritto di natura, hanno validità universale, di cui tutti gli esseri umani sono titolari, compresi gli 'altri':

⁽¹²³⁾ Cfr. ad es. la recente introduzione di Carlo Galli all'edizione italiana di VITORIA, *Die iure belli*, cit., in part. pp. L-LVII.

quelli di vecchia conoscenza, come arabi, turchi ed ebrei, e quelli *recenter inventi*.

Le teorie *mainstream* della modernità e del suo discorso filosofico sono state criticate per il loro eurocentrismo, perché non considerano adeguatamente quanto la ‘scoperta’, la conquista e il dominio dell’‘altro’ avvenuta fra la fine del XV ed il XVI secolo sia stata decisiva per l’autorappresentazione dell’Europa come centro del mondo (124). Si potrebbe aggiungere che è nella discussione sulla conquista che uno dei concetti-chiave della modernità giuridica, il diritto soggettivo, viene ulteriormente elaborato. E soprattutto viene universalizzato, esplicitamente attribuito a ‘tutti’ gli esseri umani e considerato universalmente fondato nel diritto naturale. L’universalismo dei diritti si afferma sotto il segno di una profonda ambivalenza: l’universalizzazione avviene in funzione della legittimazione della conquista. L’assolutizzazione del fondamento è funzionale a questa operazione: la conquista è legittima anche per difendere i diritti dei conquistati ai quali, in quanto diritti assoluti, neppure i titolari possono rinunciare.

In questa prospettiva Vitoria ripropone la teoria cristiana, tardo-antica e medievale, della guerra giusta, ma gli adattamenti sono tanto significativi da forzare ormai il paradigma: in assenza di autorità superiori *bellum iustum* è la risposta ad una *iniuria*, alla violazione di un diritto fondamentale. Non vi sono poteri universali, né entità ‘terze’ superiori, ed occorre un catalogo di diritti fondamentali come termine di riferimento per valutare la *iusta causa*. La guerra è sanzione per l’*iniuria*, per la violazione di uno *ius*, e il principe giusto assume la posizione asimmetrica di giudice delle comunità politiche.

Già questa idea della ‘guerra per i diritti’ — intesi come principi assoluti, la cui violazione deve essere punita anche in assenza del consenso delle vittime — in presenza della crisi delle autorità ‘sovranzionali’ evoca temi di sconcertante attualità. D’altra parte questo si concilia — più o meno coerentemente — con i pregiudizi sulla ‘inferiorità’ antropologica, economica e politica dell’altro, con l’idea che per alcuni sia bene essere governati dai più sapienti. Ed

(124) Cfr. E. DUSSEL, *L’occultamento dell’‘altro’*, cit.

è su questo punto che Las Casas sembra introdurre variazioni significative ad un modello teorico che comunque utilizza estesamente. Reinterpretando Aristotele, criticandolo attraverso il messaggio evangelico, utilizzando il diritto canonico ed il diritto romano, propone una teoria conseguente dell'uguaglianza, che esclude — di fatto in ogni caso — la legittimità della schiavitù e del lavoro servile. Usando sia gli strumenti dell'argomentazione sillogistica che quelli della logica 'debole' del discorso pratico decostruisce l'assolutezza della fondazione dei diritti universali, allentando il nesso diritti assoluti/guerra. Las Casas, da un lato, propone una forma di universalismo dei titolari più consapevole delle differenze e concretamente aperta alla reciprocità: gli indigeni sono considerati come titolari effettivi di una serie di diritti che vanno dalla libertà politica, all'autodeterminazione, all'immunità dall'imposizione della religione, allo *ius belli* contro gli invasori. D'altro lato, Las Casas riconosce la profonda influenza delle eredità e dei contesti culturali nell'interpretazione dei principi, e l'impossibilità di sradicare valori condivisi, modi di vita risalenti e costumi tradizionali attraverso la guerra.

FRANCESCO SAVERIO NISIO

SPINOZA CON VILLEY.
IL DIRITTO *SUB SPECIE AETERNI*

1. Partecipazione all'*Ethica*. — 2. Sentimenti ed esperienza. — 3. La lingua della mística. — 4. Visione e diritto.

1. *Partecipazione all'Ethica* (1).

« La nature, c'est-à-dire Dieu [,] se charge elle-même de nous conduire à l'essentiel » (C, VI, 57). Al di là del possibile richiamo al glossatore Piacentino (2) (peraltro mai menzionato nei postumi *Carnets*), è immediatamente a Spinoza che corre la mente nel leggere del *Deus sive Natura* nei *Livres des pages* del filosofo Villey.

(1) In coda al presente saggio è possibile consultare la *Bibliografia di Michel Villey*. Nelle note, il riferimento ai volumi di Villey avviene attraverso le sigle seguenti, le quali accompagnano il numero della pagina con riferimento all'edizione qui indicata: L = *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* [1957], Paris, Dalloz, 1962²; F = *La formation de la pensée juridique moderne* [1968], Paris, Puf, 2006² = *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, Jaca Book, 1985, 2007² (citazioni dall'edizione originale francese, salvo specificazioni); S = *Seize essais de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1969; PH I, II = *Philosophie du droit. I: Définitions et fins du droit*, Paris, Dalloz, 1975; *Philosophie du droit. II: Les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 1984; C = *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les Carnets*, Paris, Puf, 1995 (citazioni con numero romano per il singolo *Carnet*, arabo per le *Réflexions*); APD = *Archives de Philosophie du Droit* (indicazione di annata e pagina). Quanto a Spinoza, l'*Ethica more geometrico demonstrata* (= E) viene citata nel testo latino a cura di G. Gentile (Bari, Laterza, 1915), e in traduzione dal testo tradotto da S. Giammetta (Torino, Boringhieri, 1959, 1983¹⁰); il *Tractatus theologico-politicus* (= TTP) nell'edizione curata da A. Dini (Milano, Bompiani, 2001) con testo latino a fronte; il *Tractatus politicus* (= TP) nell'edizione curata da P. Cristofolini (Pisa, Ets, 1999) con testo in latino a fronte.

(2) M-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Villey et l'augustinisme: les questions des Carnets*, « Droits », 29, 1999, p. 84.

È vero, Villey incalza Spinoza (« Spinoza a peut-être raison aux 999/1000^e — mais c'est le 1000^e restant qui compte [...] », C, XX, 18, non è comunque poco quanto viene così concesso al filosofo ebreo portoghese-olandese), cionondimeno è proprio in dialogo con l'autore dell'*Ethica* che è possibile penetrare la complessità delle sue tesi.

In una corta e percussiva sezione dei *Carnets* (C, III, 29-35) interamente centrata su Spinoza, Villey riconosce al filosofo secentesco d'aver raggiunto una « sagesse, qui se prolonge en mode de vie »; ma essa rimane « incomplète » perché non conduce all'« acte libre que déploie l'amour », atto che, pur rimanendo in quanto « action » un « mystère pour l'intelligence », nondimeno « participe activement à ce qu'elle adore », implicando appunto la « force active » dell'amore.

Si faccia attenzione: come si è letto, anche per Villey non v'è spiegazione razionale che dia conto della libertà dell'agire, esso rimane per la ragione atto misterioso, anzi a rigore la ragione potrebbe più facilmente darne conto in termini di « determinismo ». Ma né Spinoza, né tantomeno Villey lettore di Spinoza (si veda il tono *interrogativo* col quale viene trattata la questione in C, XX, 50), giungono a quell'esito. In Spinoza solo un sapere in Dio, « sub specie aeterni » — cui nessun singolo giunge, né mai potrebbe — sarebbe in grado di mostrare tutte le determinazioni dell'atto.

Come si vede, tutto gravita attorno al « mystère » della libertà dell'agire, mistero che non è però in alcun modo sciolto neppure in Spinoza, neppure nella straordinaria Pars V dell'*Ethica*. Anzi, verrebbe da pensare che la « Scientia intuitiva » o « Cognitio tertii generis » (E, Pars II, Prop. XL, Scholium II), di cui la Pars V è sommo dispiegamento (ed alla quale Villey non rimanda esplicitamente in alcun luogo della propria opera), altro non sia che un differente nome di quello che, à la Wittgenstein, può chiamarsi « agire senza fondamenti », in tal senso « misterioso », non definibile e dunque « libero ».

Tutto ciò è possibile, comunque, solo laddove si acceda ad una lettura complessiva dell'*Ethica* che non ne amputi la dimensione per l'appunto « mistica », « misteriosa »: il ripetuto richiamo all'« experientia », forma di conoscenza non razionalistico-geometrica (E, Pars III, Prop. II, Scholium; anche Pars II, Prop.

XVII, Scholium); la sottolineatura dello sforzo da compiere per « bene agere » e la ricerca di dimostrazioni che si accordino con la pratica (E, Pars IV, Prop. L, Scholium; TP, 29), dunque la presenza d'una dimensione « pratica » fin dentro il supposto « determinismo universale »; l'elogio dell'« Amor Dei intellectualis » (l'intera Pars V).

La convinzione di Villey — in sintonia con interpreti del pensiero spinoziano quali Cassirer e St. Breton — è che Spinoza, « même à sa manière », rimase un teologo (F, 184); la sua fu una « théologie rationnelle », al pari di quella di Aristotele (F, 56); evidentemente non fu un « athée, encore qu'on leur en fait depuis la réputation » (F, 185); anzi, egli cercò di « inclure la foi dans la philosophie » (F, 492; va segnalato quanto i traduttori italiani siano succubi della « réputation » che Villey stigmatizza, rendendo un pessimo servizio alla verità del testo nel rendere il verbo « inclure » con « ridurre », F, 472 trad.).

Va sottolineato che sempre, in Villey, quale che sia l'oggetto d'analisi (il diritto soggettivo, l'agostinismo giuridico, i diritti dell'uomo o ancora il tema del razionalismo secentesco), la dimensione della critica va veduta quale processo di liberazione dalla negatività dell'unilateralità e del totalitarismo di idee astratte: liberazione dunque non dalla passione per la totalità bensì solamente dall'-ismo, dal solidificarsi d'una tensione — d'un concetto, d'una ricerca — che deve invece naturalmente restar aperta, plurale, feconda ⁽³⁾. Ciò può applicarsi, con tutta evidenza, anche alla critica dello spinozismo.

« La philosophie est l'ennemie de tous les systèmes; elles nous apprend à reconnaître qu'il est des points de vues multiples pour juger et percevoir; non pas un système de catégories, comme les catégories kantienne de la prétendue raison pure; mais pluralité de points de vue et géométries. Démocratie, monarchie, égalitarisme, nationalisme, cosmopolitisme, tous ces points de vue ont raison d'être. Si l'on veut elle nous apprend le scepticisme; mais encore en le purifiant de l'isme qui est système unilatéral; elle nous apprend la tolérance; elle montre du doigt, souriante, les limites de l'action, parce que toute action est bornée et systématique; mais elle s'élève à reconnaître les limites aussi de la pensée. Elle nous apprend Dieu. Elle est pressentiment de Dieu » (C, I, 26) ».

⁽³⁾ In S. RIALS, *Villey et les idoles*, Paris, Puf, 2000, p. 79n, v'è un riferimento ad Adorno ed alla « Negative Dialektik ». Cfr. anche M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*, Paris, Puf, 1987, p. 41n.

E per l'appunto neppure « Dio » — il Dio sistema o idea — sfugge al problema:

« [...] Dieu n'explique rien — il faut quant à nous regarder la nature » (C, XI, 67).

« Et ce fut le crime des chrétiens (d'avoir fait de Dieu une idée) — d'abuser de Dieu — d'en faire un argument pour leur rhétorique — cela leur est retombé sur le nez. Ils ont méconnu la nature, source immédiate et pour nous directe de la morale. C'est pourquoi souvent les païens plus naturels en morale valent mieux que les chrétiens » (C, XI, 68).

« La religion même doit être comprise; peut-être même est-[ce] cela la philosophie. Mais il en résulte qu'en l'homme sont par nature deux raisons: celle de la bête et celle de Dieu. Il en résulte qu'il faut s'élever au-dessus de la raison individuelle. Comme ce mot de raison lui aussi est ambigu! Et pourtant il nous faut aussi parallèlement rester bête, individu, et membre d'une quelconque tribu, pensant au nom de nous-mêmes ou de notre tribu. Ensemble, ces deux contradictoires » (C, III, 66).

Anche la « pensée Spinoza » rientra allora nel « tout » storico-filosofico col quale il filosofo si confronta: Spinoza è dunque — al pari di Aristotele, Tommaso, Hobbes, Kant — una delle « Partes » che costituiscono la moltitudine del pensiero alla quale partecipa il filosofo Villey.

« L'action rationnelle se sert des résultats de la pensée. Au moins la rhétorique s'en sert, et elle n'est pas inefficace. Les philosophes ne sont donc pas sans jouer un rôle et il faut s'efforcer d'atteindre une pensée exacte, mais on reconnaît une pensée juste à ce qu'elle n'est point totalitaire, à ce qu'elle est humble, à ce qu'elle avoue quelque chose au-dessus de soi » (C, III, 35).

Che Villey abbia subito un influsso particolare proprio da Spinoza è peraltro testimoniato da vari indici: già si è letto che « peut-être » 999/1000 delle « raisons » dell'*Ethica* sussistono. Altrove Villey afferma, « Et je dis qu'il y a une joie dans la vérité — et j'ose dire que j'ai ressenti la *jouissance* de la vérité » (C, III, 53), ben sapendo che, « selon Spinoza, la plus grande joie est de comprendre » (C, III, 31; cfr. E, Pars V, Prop. XXVI e XXVII, Scholium). Egli si spinge fino a riconoscere che « l'intelligence aime » (C, IX, 9), e ciò fa correr la mente al tema dell'« Amor Dei intellectualis » (E, Pars V, Prop. XXXII, XXXIII e ss.).

Villey aggiunge ancora, e il dialogo si fa più tecnico:

« Idées partielles inadéquates, sorties de notre seule expérience, accor-

dées à nos horizons misérablement étriqués. *La critique tient*; mais qui donc atteint l'idée pleine et que Spinoza prétend adéquate? Il lui faut supposer ce mensonge, le déterminisme universel. Or l'attitude raisonnable n'est pas de prétendre à l'idée adéquate, mais de se contenter d'idées fausses en ne cessant pas de les savoir telles, c'est-à-dire seulement provisoires » (C, V, 91) (4).

Infine, ecco il punto in cui Villey, nonostante il riconoscimento che Spinoza sia « très loin d'avoir accepté l'ensemble de [l]a métaphysique [cartésienne] » (F, 509), può esser incalzato per aver confinato (o aver dato l'apparenza di voler confinare) Spinoza all'interno del « rationalisme » moderno, non avendo invece mostrato in lui uno dei primi e più radicali critici di Cartesio, anzi al contrario avendo effettuato una riconduzione della sua posizione in categorie subalterne alla modernità « egoïste », visto che anche Spinoza — come già Descartes, per il quale « la vérité est la clarté » (C, XVII, 25) —, avrebbe finito per « tout sacrifier à l'idée claire, [...] à la certitude » (C, XIV, 14), vale a dire ad una verità fondata sulla coscienza individuale. Appunto, quel millesimo che impedirebbe di dar pieno consenso all'*Ethica*.

« D'abord nous-mêmes, notre vanité, l'extension de notre moi, voilà ce que nous servons en fait. Et ceci est l'ordre du monde qu'a si bien écrit le mécanisme du XVII^e siècle. Par une conversion, se placer au service du tout serait la religion de Spinoza. Et nous la savons illusoire — et qu'elle méconnaît la puissance effective en moi-même de l'égoïsme. Et que seul nous sauve un amour qui serait à la fois personnel et universel » (C, VIII, 91).

« Dans l'universel, Spinoza — Hegel et les autres subrepticement ont remplacé leur égoïsme personnel; il n'y est que déguisé. Égoïsme du moi réduit à n'être que spéculatif, égoïsme encore qui se contente du monde tel qu'il est, du spectacle qu'il offre et que l'orgueil se croit en mesure de mettre en système. Et toutes choses à nouveau se centrent sur ce système, qui gravite encore autour de leur moi égoïste » (C, VIII, 92).

Molteplici, come si vede, sono le tracce del dialogo con Spinoza in Villey: certamente, il riconoscimento esplicito di discepolato, per così dire, in Villey va sempre verso Aristotele e Tommaso, nondimeno ad essi può e deve aggiungersi l'« anomalo » e « selvaggio »

(4) La sottolineatura è mia. Si noti che qui Villey non imputa a Spinoza né il possesso stabile di idee adeguate, né di conseguenza la tesi sulla conoscibilità del determinismo universale. Si vedano le riflessioni sulla scienza, la sua difficoltà ed incompiutezza, in VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, cit., 31-41.

Spinoza ⁽⁵⁾, precisamente nella misura in cui i temi della « soggettività », dell'« individualismo » e del rapporto con la « storicità » — temi filosofici d'un'altra epoca rispetto ai filosofi pre-moderni su menzionati — vanno tenuti di conto dal pensatore del ventesimo secolo, anche se ovviamente declinati in autonomia di pensiero e di soluzioni argomentative, il che è precisamente quel che Villey fa. E lo fa in dialogo, anche, con Spinoza.

Si ipotizza qui anche un parallelo per quel che concerne la struttura della produzione intellettuale dei due filosofi: vien fatto di pensare che i tre grandi scomparsi nei quali Spinoza ha fuso la propria riflessione possono, con una certa facilità, esser ricomposti anche nel *corpus* villeyano. All'*Ethica* si possono far corrispondere i *Carnets*: il taglio è eminentemente speculativo e la concatenazione dei pensieri — a volte vero e proprio vortice — è, in Villey, altrettanto serrata e profonda, emendata sì del *mos geometricus*, ma nondimeno segnata da un'altra scansione, qui temporale (i mesi ed anni della redazione dei singoli *Carnets*), la quale serve come richiamo alla dimensione di storicità in rapporto alla quale, anche, va letto lo sforzo di pensiero lì consegnato. Al *Tractatus theologico-politicus* potrebbe corrispondere l'opera più famosa del Villey storico del pensiero giuridico: si tratta de *La formation de la pensée juridique moderne*, opera riassuntiva d'una congerie di tematiche disperse nel resto della produzione villeyana (spazio nel quale è possibile includere anche le opere successive sui diritti dell'uomo e Tommaso). Volume di taglio « storiografico », animato però dagli stessi intenti — sia « teoretici », sia « critici » — che spinsero Spinoza ad occuparsi della formazione d'un altro *corpus* plurimillenario, quello della Scrittura ebraico-cristiana: lì si trattava di chiarire la distinzione tra filosofia e teologia, speculazione ed obbedienza; in Villey, invece, quella tra diritto e morale, « *ius in re* » e diritto soggettivo. In entrambi i casi, partendo dalla consapevolezza che « le principal problème est théologique » (C, X, 6, XXIV, 45), la critica viene indirizzata in direzione della liberazione dall'uso teologico-politico dei concetti filosofici e giuridici. Infine, è al conciso e tagliente *Précis* consacrato alla *Philosophie du droit* che Villey affida alcuni elementi circa la propria visione « istituzionale » — se è lecito impiegare qui questo vocabolo — del « *droit politique* », attraverso una riflessione sulle « *lois positives* » e l'« *art judiciaire* »: si tratta, insomma, del suo *Tractatus politicus*. Sul rapporto tra politica e diritto in Villey richiama l'attenzione, fin dal titolo, il volume di S. BAUZON, *Le métier de juriste. Du droit politique selon Michel Villey*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2003. Luoghi della presenza di Spinoza nelle opere di Villey: L, 58 (con bibliografia di riferimento); F, 56, 184, 185, 189, 192, 195, 492, 506, 508, 509; PH I, 151; PH II, 99; C, III, 29-35, 48, V, 91, VIII, 91, 92, XIII, 41, XIV, 14,

(⁵) « Selvaggio », sì, ma non solo nel senso dell'interpretazione negriana (A. NEGRI, *L'anomalia selvaggia. Saggio su potere e potenza in Baruch Spinoza*, Milano, Feltrinelli, 1981; Roma, DeriveApprodi, 2006²). Si comprenderà più avanti come sia possibile individuare un altro senso per quell'aggettivo in rapporto a Spinoza.

XVI, 81, XVII, 25, XX, 18, 30, 50, 63, XXIV, 107; APD, 1961, 27, 67, 73-74.

2. *Sentimenti ed esperienza.*

Il contatto con Spinoza nello sguardo « mistico », che rende positivamente partecipi i due pensatori rispetto ad un modo del sentire che li accomuna, si rivela laddove Villey afferma che

« Toute connaissance en fin de compte a sa source dans le sentiment. Toute connaissance est donc partielle et par cela même hasardeuse. (Ce qu'on appelle l'intuition n'est qu'une forme de sentiment). (Je ne ferai pas exception pour de prétendues connaissances transcendantales subjectives et a priori) » (C, X, 51).

Non vi è solo un esplicito richiamo ad una forma del conoscere, l'« intuition », che trova nell'*Ethica* un'esplicitazione ben nota all'interno della storia della filosofia occidentale ⁽⁶⁾.

Si veda ancora: « L'intuition du total est rare » (C, VIII, 129); parole che servono « à résumer une intuition philosophique », parole uscite da « une expérience plus fugitive, ou trop haute pour que nous nous flattions de la renouveler à notre guise » (C, VIII, 88); « Ce ne sont pas des connaissances qu'il s'agirait d'accumuler et de reverser au hasard mécaniquement dans ses lectures. Mais une intuition à reconquérir — façon de voir qui est une façon d'être. Car les principes ne sont connus que par l'intuition, mais rien n'est moins commun que de voir » (C, XVII, 40). E ancora su Tommaso intuitivo, « Il s'agit de montrer et de voir la vérité, l'harmonie, la beauté du monde avec l'aide des autorités bien comprises et d'un langage bien construit » (C, XIX, 53); sull'intuizione come ascensione, (C, XIX, 106); l'intuizione e le *réflexions* (C, XX, 1).

Né in questa posizione di Villey vi è soltanto il ribadirsi del rapporto fra contrari: i sentimenti e la conoscenza o razionalità in tema di « transcendantaux ». Vi è, ben di più, l'indicazione della natura « partielle » di qualsiasi forma di conoscenza, e l'espressione

⁽⁶⁾ E, Pars II, Prop. XL, Scholium II, « Scientia intuitiva ». Di una « nette dominante intuitionniste » nell'opera di Villey parla RIALS, *Villey et les idoles*, cit., p. 90.

va intesa anch'essa secondo un noto principio spinoziano, « Determinatio negatio est » (7).

Nell'*Ethica* si legge:

« Videmus itaque passiones ad mentem non referri, nisi quatenus aliquid habet, quod negationem involvit, sive quatenus consideratur naturae pars, quae per se absque aliis non potest clare et distincti percipi » (8).

Ed il partecipare, l'esser « Naturae Pars », è quello del « Modus » — « quod in alio est » — per rapporto alla « Substantia »:

« Per modum intelligo substantiae affectiones, sive id, quod in alio est, per quod etiam concipitur » (9).

E ancora:

« Mentem humanam partem esse infiniti intellectus Dei » (10).

« Nos eatenus patimur, quatenus naturae sumus pars, quae per se absque aliis non potest concipi » (11).

La determinazione è negazione che si afferma come produttiva precisamente in quanto è « Pars », legame alla molteplicità di « Partes » che la circondano (« Pars, quae per se absque aliis non potest concipi »). È contatto col « tout » di cui si è parte, al cui « essentiel » si partecipa attraverso il legame alla molteplicità delle « Partes ». Si tratta dunque d'un sentimento, l'esser « Pars »: contatto, affidamento o « Fides », credenza alla relazione con la molteplicità di « Partes » che ci circondano, nella consapevolezza sentita di es-

(7) « La determinazione è negazione », SPINOZA, *Epistola L*. La « Determinatio » verrà incontrata nuovamente più innanzi in tema di « Necessitas ».

(8) « Vediamo che le passioni non si riferiscono alla mente se non in quanto ha qualcosa che implica negazione, ossia in quanto è considerata come parte della natura, parte che non può esser percepita per sé in modo chiaro e distinto, senza le altre », E, Pars III, Prop. III, Scholium.

(9) « Per modo intendo le affezioni della sostanza, ossia ciò che è in altro, per cui anche viene concepito », E, Pars I, Definitiones, V.

(10) « La mente umana è parte dell'infinito intelletto di Dio », E, Pars II, Prop. XI, Corollarium.

(11) « Noi in tanto patiamo, in quanto siamo una parte della natura che non può essere concepita per sé, senza le altre », E, Pars IV, Prop. II.

ser all'interno di quel « tout » cui la parzialità rimanda e la cui presenza la parte sperimenta, sente muovere penetrante dentro sé, presenza che significa la vita stessa.

Villey era uomo di fede (« moi catholique, ou qui ai un peu lu Saint Thomas », F, 308): quella cattolica sì, la « religione dell'amore », ma giustificata nella sua « universalità » non necessariamente a partire soltanto dal dato d'una rivelazione particolare (le Scritture sono pressoché assenti nei *Carnets*), bensì a partire dal molteplice del sentire, dal sentirsi attraverso il molteplice. Giustificata dunque sulla base d'una certezza ovvero necessità, e ancora — il che è lo stesso — per esperienza.

« Les sentiments sont notre lien direct à l'être » (C, X, 58).

« L'amour source de connaissance — et les 'données immédiates de la connaissance' nous font connaître non seulement les 'qualités sensibles' des choses mais aussi la valeur des choses. Et déjà ce qui nous apparaît dépourvu de valeur n'est qu'une abstraction médiante — Plus abstraite encore l'étendue ou la pesanteur, c'est-à-dire cela qui dans les choses a été mesuré, est passé par le miroir de nos appareils de mesure. Avec ces diverses abstractions vont nos concepts, et déjà la vue, l'odorat, le toucher, l'ouïe sont des abstractions. L'immédiat est le sentiment » (C, X, 59).

E il molteplice cui Villey si riferisce immediatamente è davvero immanente, si potrebbe dire ad altezza d'uomo:

« Tant de sujets multiples et divers, qui parlent une autre langue que moi, m'ignorent et sont semblables à moi. L'immensité de ce monde n'est pas seulement dans les objets mais aussi dans la masse immense des sujets » (C, VI, 67).

« Le réalisme nous rappelle que nous ne sommes qu'un dans la multitude. [...] Le réalisme nous rappelle que nous ne possédons sur le monde que des points de vue partiels, et qui doivent rester avec d'autres en confrontation dialectique, et que nos 'conclusions' ne sont jamais, comme celles de saint Thomas, que provisoires » (C, VIII, 19).

« Le philosophe ne peut nourrir nul dédain à l'égard de la masse qui vit » (C, XV, 34).

« Notre maître c'est l'homme de la rue » (C, X, 78).

« Ainsi sommes-nous entourés de toutes parts d'infinités — comme une fourmi: le chemin pour elle est sans fin aussi vers Bayonne que vers Lille. Mais pour nous hommes ni le chemin vers Lille ni celui vers Bayonne ne sont infinis. Mais bien le chemin vers le beau, vers le bon, vers le vrai — vers la connaissance de n'importe quelle spécialisation scientifique. Aussi pouvons-nous en dépit de notre soif d'infini situer là des fins; mais ce n'est là qu'un effet de notre infirmité » (C, X, 65).

Nel parlar di « valeur des choses » e di « chemin vers le beau, vers le bon, vers le vrai », Villey menziona qualcosa di propriamente indicibile, sì, ma né assente né irrilevante. Se è vero che, come afferma Wittgenstein, il valore sta « ausserhalb der Welt »⁽¹²⁾, « fuori del mondo » e del reale (vale a dire, fuori di ciò che è « partiel »); pure, ad esso si partecipa attraverso una « fede » che è sentimento, fiducia, certezza, dunque emozione. Se così non fosse, non se ne starebbe neppure parlando.

Villey cita il filosofo mistico austriaco in almeno due luoghi, PH I, 24, PH II, 37. Non è anche un ulteriore riferimento il seguente, sia pure indiretto ma riconoscibilissimo? « Tout le travail de la philosophie consiste en un combat perpétuel contre les pièges du langage, la domination du langage qui s'est constitué un règne autonome, au lieu que les mots ne soient sans cesse rapportés aux sens » (C, XIV, 69). Un riferimento a Wittgenstein, peraltro ambiguo, nella letteratura villeyana, RIALS, *Villey et les idoles*, cit., p. 77 n.

Tale « foi », o « non-savoir »⁽¹³⁾, passa allora attraverso l'affidamento alla *Gewissen der Worte*, alla « coscienza delle parole ». Passa cioè attraverso il linguaggio, che è espressione della molteplicità che abita il sentimento. Già Deleuze scriveva, a proposito della coscienza, che essa, « testimone delle variazioni e determinazioni del *conatus* in funzione degli altri corpi o delle altre idee », è « come il passaggio, o meglio il sentimento del passaggio [*le sentiment du passage*], da [...] totalità meno potenti a totalità più potenti, e inversamente »⁽¹⁴⁾.

« Ainsi, dans l'immensité insondable du monde réel qui nous entoure, et dont il est vrai que l'angoisse vient à certaines heures de notre vie nous restituer le sentiment, nous cherchons à nous reconnaître, c'est-à-dire à lui substituer une représentation du monde ou tout au moins une attitude de notre esprit envers le monde (une théorie de la connaissance), qui nous procure quelque confort et sécurité. Alors naissent les philosophies particulières, mais dont aucune n'abolira jamais la philosophie » (C, X, 57).

(12) L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, 6.41.

(13) « Le non-savoir, ou bien le savoir par la foi » (C, VII, 21). Rials richiama il tema anche in rapporto a Juan de la Cruz, RIALS, *Villey et les idoles*, cit., p. 7n, 13n.

(14) G. DELEUZE, *Spinoza. Filosofia pratica*, Milano, Guerini e Associati, 1991, p. 32. In APD, 1970, Villey discute il volume di Deleuze su Nietzsche. Cfr. anche S. BRETON, *Approches de Deleuze*, « Théophilyon », 2, 2000.

Va sottolineato il riferimento a « confort et sécurité », sentimenti che legano *uno intuitu* « esprit » e « monde » per il tramite d'una « attitude » espressa da una « théorie de la connaissance »: tutto avviene in stretta dipendenza con una dinamica della sensibilità, del sentire, dell'emozione, espressa in parole.

Anche Spinoza ha collegato conoscenza e sentimento della « Certitudo »:

« Nemo, qui veram habet ideam, ignorat veram ideam summam certitudinem involvere; veram namque habere ideam nihil aliud significat, quam perfecte sive optime rem cognoscere ».

Ed aveva aggiunto, poco oltre nello stesso « Scholium », impiegando una metafora legata anch'essa alla sfera della sensibilità:

« Sicut lux seipsam et tenebras manifestat, sic veritas norma sui et falsi est » (15).

La luce, la verità: si tratta delle parole, *theoria* e sentimento ad un tempo.

In un luogo del *Tractatus theologico-politicus*, Spinoza giunge ad affermare esplicitamente che la partecipazione al *Deus sive Natura* (natura il cui « Ordo », peraltro, « ignoramus », TP, 52) può passare, anche, per il sentimento della « Charitas »:

« Quia nemo Deum vidit, inde [Johannes] concludit, neminem Deum sentire, vel animadvertere, nisi ex sola Charitate erga proximum, atque adeo neminem etiam aliud attributum noscere posse, praeter hanc Charitatem, quatenus de eadem participamus » (16).

Argomentazioni che, per quanto « non peremptoriae », Spinoza fa sue più oltre nella stessa pagina, trattandosi di

(15) « Nessuno che abbia un'idea vera ignora che l'idea vera implica somma certezza; infatti avere un'idea vera, non significa altro che conoscere una cosa perfettamente, ossia nel modo migliore. [...] Come la luce manifesta se stessa e le tenebre, così la verità è norma di sé e del falso », E, Pars II, Prop. XLIII, Scholium.

(16) « Poiché Dio nessuno lo ha visto, [Giovanni] ne conclude che nessuno percepisce [*neminem sentire*] o avverte Dio se non per mezzo della carità verso il prossimo, e che perciò nessuno può conoscere altro attributo di Dio all'infuori di questa carità, in quanto partecipiamo ad essa », TTP, Caput XIV, 480.

« Dogmata, quae ad obedientiam necessaria sunt, quae silicet animum in amore erga proximum confinent cujus tantum ratione unusquisque in Deo (ut cum Johannes loquar) et Deus in unoquoque est »⁽¹⁷⁾.

È ben possibile, allora, offrire anche dell'*Ethica* una lettura che ne metta in risalto il radicamento nella dimensione « mistica ». Già Michel Foucault, in anticipo sulla *Spinoza-renaissance* inaugurata dalle opere di Deleuze e Matheron (opera, quest'ultima, che mostrava il parallelo della struttura dell'*Ethica* con l'albero sefirotico cabbalistico)⁽¹⁸⁾, aveva sottolineato come il filosofo ebreo olandese-portoghese scrivesse « au point de convergence d'une tradition mystique et d'une méthode rationaliste »⁽¹⁹⁾.

Foucault aggiungeva, richiamandosi all'« expérience humaine » del sogno in rapporto alla « chiffre mystérieux » dell'immaginazione: « Spinoza retrouve l'idée que l'imagination, dans son chiffre mystérieux dans l'imperfection de son savoir, dans sa demi-lumière, dans la présence qu'elle figure mais qu'elle esquive toujours, désigne par delà le contenu de l'expérience humaine, au-delà même du savoir discursif qu'il peut maîtriser, l'existence d'une vérité qui de toutes parts dépasse l'homme, mais s'infléchit vers lui et s'offre à son esprit sous les espèces concrètes de l'image »⁽²⁰⁾.

Presenza di Foucault in Villey: l'umanesimo e la questione del « sujet », PH I, 136; la nascita delle « sciences humaines », PH II, 98; « Les espaces de Foucault sont autant de langages », C, XIV, 47; « comme dit Michel Foucault », le molteplici organizzazioni possibili del rapporto tra pensiero, idee ed « espaces de notre intellect », C, XIX, 130; l'analisi strutturale in Foucault, APD, 1970, 392.

L'*Ethica* nel suo complesso, e con essa l'intero *corpus* spinoziano, dev'esser perciò vista in relazione al tema dell'« expérience », come ha ampiamente mostrato Moreau.

⁽¹⁷⁾ « Dogmi necessari all'obbedienza, cioè che confermino l'animo nell'amore verso il prossimo, a motivo del quale soltanto — per parlare come Giovanni — ciascuno è in Dio e Dio è in ciascuno » (ibid.).

⁽¹⁸⁾ A. MATHERON, *Individu et communauté chez Spinoza*, Paris, Minuit, 1969, Annexe.

⁽¹⁹⁾ M. FOUCAULT, *Introduction* in L. BINSWANGER, *Le rêve et l'existence*, Bruxelles, Desclée de Brouwer, 1954, p. 46.

⁽²⁰⁾ Ivi, p. 47.

Il volume di P-F. MOREAU, *Spinoza. L'expérience et l'éternité*, Paris, Puf, 1994, prende le mosse dal noto prologo del *Tractatus de intellectus emendatione*, « Postquam me experientia docuit, omnia, quae in communi vita frequenter occurrunt, vana et futilia esse... » (« Dopo che l'esperienza mi ha insegnato che tutto quello che accade frequentemente nella vita quotidiana è vano e futile... »). Certamente Moreau, nel paragrafo *L'expérience n'est pas l'expérience mystique* (pp. 287-93), giunge ad escludere che vi sia un « Mont Thabor de la substance » (p. 293), ma ciò è possibile perché non vede il legame in Spinoza tra conoscenza e sentimento. Moreau ha anche scritto su Villey « lecteur de Hobbes » (« Droits », 29, 1999), dove si legge anche un riferimento all'« anticléricalisme catholique » di Villey (ivi, p. 117 — in tema si veda ancora RENOUX-ZAGAMÉ, *Villey et l'augustinisme*, cit., p. 78, e RIALS, *Villey et les idoles*, cit., p. 29n.).

Si legge infatti nel testo maggiore di Spinoza:

« Sentimus experimurque nos aeternos esse » (21).

Tutti i concetti spinoziani sono concetti abitati dal sentimento della partecipazione, nessuno escluso. Ciò significa che tutti quei concetti sono sentiti e non solo conosciuti. L'« Idea vera » si accompagna costitutivamente alla « Summa Certitudo ». Anzi, si può affermare che la distinzione sentire/conoscere è distinzione fallace dinanzi alle proposizioni che strutturano il testo spinoziano.

Ciò vale innanzitutto per la categoria più comunemente associata alla meccanica della deduzione spinoziana, quella di « necessità »: la necessità non ha contenuto positivo, affermabile, oggettivabile. Il senso di quella parola coincide con un dato d'esperienza: propriamente, per spiegare cosa la necessità sia non si può far altro che impiegare una metafora tratta dall'accadere della costrizione fisica, del peso che sovrasta, dell'impossibilità a muoversi liberamente.

Spinoza dice che è cosa necessaria ciò che « ab alio determinatur ad existendum et operandum certa ac determinata ratione » (22), e nel radicale di « terminare » c'è il passare, l'attraversare ed anche il margine, la riva, quel che pone limiti (anche il « trans », l'esser nel mezzo, che ha la stessa radice). Essa esprime dunque un'emozione della mente, ovvero il sentimento di partecipazione

(21) E, Pars V, Prop. XXIII, Scholium.

(22) E, Pars I, Definitiones, VII.

alla natura e a Dio, l'esser « Pars » all'interno d'una moltitudine d'altre « Partes ». Ulteriore esempio di « Cognitio tertii generis ».

Tutti i concetti dell'*Ethica* hanno natura tale da rivelare *uno intuitu* sé e il proprio contrario, contrari che partecipano reciprocamente del senso del polo opposto cui si riferiscono, e di cui ognuno è parte integrante: ciò vale, ad esempio, per il *Deus sive natura*, come anche per « Lux et Tenebras », nonché « Verum » et « Falsum ».

Ma ancora, nel *Tractatus theologico-politicus* Spinoza afferma che gli uomini regolano tutte le cose in materia collettiva attraverso il diritto, vale a dire

« Ex solo rationis dictamine (cui nemo aperte repugnare audeat, ne mente carere videatur) » (23),

in tal modo esprimendo coappartenenza di razionalità e fattualità, anche se solo al fine di non apparire « mente care[n]tes », mancanti di raziocinio. Lo stesso vale, come s'è veduto, per la necessità quale espressione d'un dato esperienziale.

Tale rapporto tra « Determinatio » e « Negatio » giustifica peraltro la forma del testo medesimo cui Spinoza ha consegnato la propria meditazione: il concatenamento *geometricus* di definizioni, assiomi, proposizioni, corollari & scolii altro non è che il manifestarsi, attraverso moltitudine di « Partes », di quel « Verum » che nel testo rivela sé. « Verum » depositato nella « forza dello sguardo che stabilisce [l']unità, lucida e avvolgente » (24), d'una infinità di nessi concettuali: è la *sensazione* della compattezza e stabilità di quell'intreccio di proposizioni — loro partecipazione reciproca, l'inerire le une nelle altre — a rivelare la certezza dell'eterno, la *dynamis* che tutte le racchiude, il sentimento di sé presente. Si po-

(23) « Secondo il solo dettame della ragione (a cui nessuno osa opporsi apertamente, per non apparire privo di senno) », T, 523.

(24) G. COLLI, *Introduzione* a E, p. 5. « Forza », un lemma che ha radice sanscrita e latina nella sensazione della saldezza, della fermezza, dello star *fisicamente* fermo. Aggiunge Colli, « Attraverso la cosa singola si può giungere intuitivamente alla totalità: la tesi mistica è dimostrata con la ragione », *ivi*, p. 7.

trebbe continuare, analizzando « sub specie emotionis » ogni lemma del « poème de la pensée » spinoziano ⁽²⁵⁾.

Questo sguardo espresso in parola (altro rapporto fra contrari, la parola, la visione: bisogna mostrare l'oggetto per spiegare cosa una parola significhi, nonché pronunciare una parola per definire l'oggetto che si vede) è visione « sub specie aeterni », vale a dire è *esperienza* di visione che *tutti* fanno: non essendo possesso di alcun individuo, è visione « eterna » precisamente in quanto non passibile d'individuazione. Quella visione non muore mai, o ancora, e si tratta del reciproco: le cose che la abitano, le cose vedute, vivono di vita eterna. Nessun dubbio può inficiare tale certezza, un sentimento così forte.

Ciò mostra il procedere per capovolgimenti dell'esperienza, la sua natura in tal senso « paradossale »: se pur essa è, per l'individuo, fonte di conoscenza « graduelle » e dunque « incertaine, tatonnante, seulement 'probable' » (APD, 1961, 91); nondimeno conduce ad un sapere che tutti vedono e che è da tutti condiviso, dunque ad una necessità per così dire fattuale, ma altrettanto vincolante, di quella « logica ».

Si legge in Villey:

« Or, la première catégorie de systèmes philosophiques n'explique tout qu'en projetant tout (y compris le devoir être et le prétendu monde normatif) sur le plan statique de l'être mort (et y compris sans doute Hegel et Marx) — Tandis que la seconde espèce de philosophie respecte, enregistre dans l'être, sa dimension dynamique, sa tension, donc ses qualités axiologiques bonnes ou mauvaises que le sentiment nous fait saisir: et en conséquence renonce à tout expliquer, mais reconnaît le mystère des choses » (C, X, 63).

« Les choses ne sont pas à considérer seulement comme statiques, mais aussi comme dynamiques ainsi que le veut Aristote; elles ont une histoire, oscillant de la puissance à l'acte, prenant des formes différentes » (APD, 1991, 292).

« Dynamique », « tension », « histoire »: si tratta di « qualités axiologiques bonnes ou mauvaises », che « le sentiment nous fait

⁽²⁵⁾ H. MESCHONNIC, *Spinoza. Poème de la pensée*, Paris, Maisonneuve & Larose, 2002, un libro sulla « puissance des affects » in rapporto alla « langue » di Spinoza: il suo « latin » come « subjectivation », « activité », « éthique en acte de langage », p. 279.

saisir ». Sono, tutte queste, espressioni del legame di partecipazione, della *dynamis* o forza che stabilisce rapporti fra « Partes » che si attraggono, tendendo le une alle altre e dunque vivendo.

La figura dell'*oscillare* ritorna spesso in Villey: la « nature du monde sublunaire » oscilla tra materia e forma (PH II, 125-128 e 132); la storia si muove « par oscillations », a zig-zag (APD, 1959, 47-48); nel modello cartesiano e moderno, il diritto oscilla tra sfera del dover essere e fatto sociologico (F, 508).

Ma sono anche concetti che mantengono il « mystère » sulle cose, poiché

« Ce qui est proprement *nature* demeure mystère, et l'intellect humain seulement le cerne, en pourchasse en *recherche* l'intelligence, sans jamais conquérir le cœur de la forteresse. Et c'est pourquoi la dialectique est la seule logique qui convienne » (C, XI, 22).

« [La] nature n'est que le pole inconnu de notre recherche, le terme infini d'une asymptote; aussi invisible pour nous que le juge du procès de Kafka. Puisque notre nature c'est notre fin, nous ignorons notre nature. Nous ignorons le fin ultime. L'homme sans cesse au cours de l'histoire travaille à sécréter des fins, qui se rapprocheront plus ou moins de la fin ultime, mais ne sont point la fin ultime » (APD, 1961, 49).

Mistero rispetto a quel che rimane nascosto, « tout », pur in presenza dell'esser saputo in forma ipotetica, e dunque rinuncia « à tout expliquer »: eppur qualcosa può esser conosciuta, quanto meno in forma ipotetica o di « croyance ». Popper non è lontano, Villey lo cita (C, X, 123, XXV, 5; *Questions de Saint Thomas*, cit., 32) ⁽²⁶⁾.

« Sans doute n'est-ce qu'une hypothèse que les activités des vivants aient un sens, et soient orientés vers des causes finales naturelles; je ne vois pourtant à l'accepter rien de plus arbitraire que dans cet autre postulat, sur lequel se sont édifiées les sciences modernes, le postulat déterministe de l'ordre des causes efficientes » (L, 135).

« Le relativisme [...] a fait beaucoup pour détruire la *croyance* au droit naturel » (PH II, 131-32 - la sottolineatura è mia).

⁽²⁶⁾ Sul rapporto tra immaginazione ed esperienza nel Novecento, A. BOYER, *Spinoza et Karl Popper: rationalisme absolu ou rationalisme critique?*, in O. BLOCH [a cura di], *Spinoza au XX^e siècle*, Paris, Puf, 1993.

In questi testi sono due dei caposaldi dell'aristotelismo e del tomismo (l'esistenza di cause finali, il diritto naturale) ad esser in tal modo subordinati allo spazio dell'immaginazione, dell'ipotesi, della fede o « croyance ».

Quel « tout » è appunto sentito, partecipato, nonché espresso parzialmente attraverso il linguaggio, anche quando il linguaggio deve arrestarsi dinanzi al suo limite.

Il linguaggio, le parole: anch'esse sono ipotesi, postulati per il ragionamento.

« La vérité qui est du tout. La vérité qui pour nous est insaisissable puisqu'elle nous dépasse et que de ce tout que nous tendions à connaître nous ne sommes que des parties. Et à ce tout dont nous n'avons que le pressentiment fugace, qu'expriment dans notre langage des mots vides vidés de sens au contenu invérifiable, ces mots qui ne sont que des hypothèses, des postulats du raisonnement, à ce tout nous ne cessons pas de substituer les vues partielles qu'engendre et conçoit notre esprit. Ainsi vivons-nous dans un univers de produits mentaux de remplacement, univers fabriqué d'Ersätzen. Car nous ne saisissons que des parties, et dans notre orgueil substituons nos concepts partiels à l'être. Et si d'exceptionnels penseurs ont pressenti l'être, vite leurs disciples appauvrissent et rapetissent cette idée de l'être; ainsi le réduisant à 'l'esprit', au Geist, qui fut pendant longtemps le substitut idéaliste de l'être, dans l'affreuse philosophie qui fut dite spiritualiste » (C, VIII, 121).

« Il s'agit de reconnaître à nouveau le grand domaine de l'indicible; il embrasse tout ce qui est vital dont les originalités singulières de chaque peuple, de chaque 'génie'. Tout ce que la vie crée de neuf, cela ne peut être compris — mais respecté, mais participé par la *sympathie* » (C, I, 64).

« Notre condition est ainsi faite que nous n'avons de vie vraie que par l'Invisible. Et elle est bien faite, il est bien qu'il nous faille donner de nous-mêmes, donner de notre foi pour atteindre à la vérité; que l'acquisition de la Vérité implique un surhaussement de nous-mêmes; que la Vérité à quoi tend notre intelligence ne soit pas qu'intellectuelle, qu'oh surprise elle oblige l'intelligence qui la cherche à se dépasser, à se muer, à revêtir la dimension de la vie active — à changer les termes du problème » (C, VI, 21).

Villey, in un passaggio del *Précis sulla Philosophie du droit* che è legittimamente accostabile al luogo nel *Tractatus politicus* in cui Spinoza parla del « Naturae ordinem, quem ignoramus » (TP, 52), arriva a suggerire che forse anche Dio condivide la nostra stessa « ignoranza »:

« Le grec *cosmos* évoquait la beauté du monde, la beauté des choses, de leurs mouvements eux-mêmes ordonnés. Œuvre d'un suprême Organisateur.

Mais *nous*, (sinon Dieu) ignorons les principes de cette mise en ordre (*taxis*) » (PH II, 184n.).

Quel lemma allora, « Dieu », « le Dieu des philosophes », potrebbe non esser altro che « une manière de désigner le principe de l'ordre naturel » (PH II, 185), ovvero *Deus sive Natura*.

3. *La lingua della mistica.*

Merita soffermarsi ancora sul tema del legame fra linguaggio e sentimento, o partecipazione. Valore è il *sens* delle parole: le parole, che pur sono limite alla conformazione del mondo, sono anche luogo — « ausserhalb Alles Geschehens und So-Seins »⁽²⁷⁾ — in cui il senso del mondo si rivela, mostrando sé nell'emozione che si esprime attraverso un « pressentiment fugace ».

« Merveille de la dialectique thomiste: elle sort de cette affirmation, que tout cela qui possède l'existence authentique, est bon — Donc les idées, donc toutes les thèses et toutes les paroles, à la seule condition qu'elles soient authentiques. Et chacun des contradicteurs a raison de son point de vue: (— *re-spectu...*) [,] car le sens des mots est relatif » (C, I, 44).

« Das Gefühl der Welt als begrenztes Ganzes ist das mystische », si legge ancora in Wittgenstein⁽²⁸⁾, il quale consacra il proprio sforzo all'analisi, appunto, del sentimento della limitatezza espresso nel linguaggio. È questo il motivo che permette di comprendere quanto anche la riflessione di Willey si caratterizzi come una costante, tenace battaglia per la reintegrazione del senso delle parole. Al senso del mondo, alla « Substantia », si partecipa nel linguaggio. E se « Unaquaeque res, quantum in se est, in suo esse perseverare conatur »⁽²⁹⁾, per l'uomo ciò significa « Cogitare »⁽³⁰⁾, vale a dire ribadire costantemente il senso delle parole.

⁽²⁷⁾ « Fuori d'ogni avvenire ed esser-così », WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, 6.41.

⁽²⁸⁾ « Il sentimento del mondo quale tutto limitato è il mistico », *ivi*, 6.45; si veda anche da 5.6 a 5.641.

⁽²⁹⁾ « Ogni cosa, per quanto è in essa, si sforza di perseverare nel suo essere », E, Pars III, Prop. VI.

⁽³⁰⁾ « Homo cogitat », E, Pars II, Axiomata, II. In latino, « Cogitare » ha il dop-

« Nous voici placés devant le monde des abominables mots qui poursuivent à travers le temps leur tourbillon désordonné. La plupart de nos contemporains nagent à leur aise dans cette extrême confusion des mots, dont le sens n'est plus définissable. Je ne puis construire sur cette glaise, et sens le besoin de restituer aux mots leur sens qui est objectif, assis sur l'étymologie qui est le témoin de leur formation spontanée conforme à l'ordre naturel » (C, VIII, 20).

« Toutes ces millions de phrases qui sont à la recherche de leur sens perdu » (C, VIII, 95).

« La science du droit est un langage jadis admirablement fait (droit romain) — naturellement fait comme le montre l'étymologie — et que les barbares ont perdu, que nous autres barbares avons perdu. *Dominium, Res*, etc. Peut-être cependant l'éclosion parfaite du langage ne s'est-elle nulle part réalisée » (C, XVI, 9).

« Le *sens* de la règle de droit, ce qui veut dire sa *tendance*, sa direction » (APD, 1961, 63).

C'è solo un altro filosofo, nel secolo XX, che con forza non inferiore a quella di Villey ha ribadito la centralità di un concetto così dinamico, mobile, teso, quale quello di « participation », offrendone al contempo una declinazione « antropologica », vale a dire aperta alla considerazione immanente, e linguistica, dell'essere sociale e collettivo. Si tratta di Lucien Lévy-Bruhl, pensatore le cui radici affondano negli ultimi decenni del XIX secolo. Non è casuale, ancora, questo ulteriore riferimento ad un pensatore del « mistico », autore di opere famose consacrate alla « expérience mystique » dei popoli arcaici ⁽³¹⁾, nonché indagatore della « mentalité primitive » e dei « faits de participation » ⁽³²⁾.

Lévy-Bruhl ha consegnato a *Carnets* postumi (circostanza editoriale che lo accomuna a Villey) una significativa riflessione sul tema « être, exister, c'est participer » ⁽³³⁾. Non c'è comunque pagina di quell'opera che non possa essere ricondotta al tema in questione, sicché quei *Carnets* vanno letti come una lunga meditazione, filosofica e sociologica ad un tempo, sul significato dell'esperienza della « participation ». Si segnala la presenza, nella bibliografia di Lévy-Bruhl, della cura di due edizioni di testi di Aristotele e Cicerone, fon-

pio significato di « pensare » e « costringere »: ulteriore legame fra pensiero, parole e necessità.

⁽³¹⁾ L. LÉVY-BRUHL, *L'expérience mystique et les symboles chez les primitifs*, Paris, Félix Alcan, 1938.

⁽³²⁾ Si veda F. S. NISIO, *Partecipazione come Scientia intuitiva. Lévy-Bruhl e Spinoza*, « Revue philosophique de la France et de l'étranger », 3, 2005.

⁽³³⁾ L. LÉVY-BRUHL, *Carnets* [1949], Paris, Puf, 1998, p. 20-23.

damentali per rapporto alla tradizione del diritto naturale in campo giuridico: si tratta di *Morale à Nicomaque* (8^e livre), testo greco con introduzione, argomento e note di Lucien Lévy, seguito anche da un estratto degli *Essais* di Montaigne (Paris, Hachette, 1881, 1882²); nonché del *Traité des lois, livre premier*, tradotto da Ch. de Rémusat, rivisto ed introdotto da Lucien Lévy (Paris, Hachette, 1881, 1886²).

Ed è esattamente sul tema dei rapporti tra concetti (vale a dire, parole) e sentimenti che Lévy-Bruhl può aver maggiormente offerto argomenti di riflessione a Villey.

Scriva infatti Lévy-Bruhl che

« Il nous est très difficile de réaliser par un effort d'imagination des états plus complexes où les éléments émotionnels et moteurs sont des parties intégrantes des représentations. Il nous semble que ces états ne sont pas vraiment des représentations. Et, en effet, pour conserver ce terme, il faut en modifier le sens. Il faut entendre par cette forme de l'activité mentale, chez les primitifs, non pas un élément intellectuel ou cognitif pur ou presque pur, mais un phénomène plus complète où ce qui, pour nous, est proprement 'représentation' se trouve encore confondu avec d'autres éléments de caractère émotionnel ou moteur, coloré, pénétré par eux, et impliquant, par conséquent, une autre attitude à l'égard des objets représentés. [...] L'objet n'en est pas simplement saisi par l'esprit sous forme d'idées ou d'images; selon le cas, la crainte, l'espoir, l'horreur religieuse, le besoin et le désir ardent de se fondre dans une essence commune, l'appel passionné à une puissance protectrice sont l'âme de ses représentations et les rendent à la fois chères, redoutables et proprement sacrées à ceux qui y sont initiés. [...] Jamais cet objet [...] n'apparaîtra sous la forme d'une image incolore et indifférente »⁽³⁴⁾.

Altrove Lévy-Bruhl aggiunge:

« [La psychologie] n'a pas de raison de s'enfermer dans la conscience individuelle. Elle ne rapporte primitivement à cette conscience que les faits de sensation proprement dits, et ceux qui résultent des impressions faites sur les sens, plaisir ou douleur, faim, soif, blessures, etc., ceux, en un mot, qui provoquent une réaction plus ou moins immédiate de l'organisme. Mais tous les autres faits psychologiques, conceptions, images, sentiments, volitions, croyances, passions, généralisations et classifications, elle les considère comme étant collectifs en même temps qu'individuels. L'individu, dans une société inférieure, pense, veut, imagine, se sent obligé, sans s'opposer par la réflexion aux autres membres du groupe auquel il appartient. Les représentations qui occupent sa pensée encore confuse lui sont communes avec eux, de même

⁽³⁴⁾ L. LÉVY-BRUHL, *Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures*, Paris, Félix Alcan, 1910, p. 28-29.

que les motifs habituels de ses actions. La conscience est vraiment celle du groupe, localisée et réalisée dans chacun des individus » ⁽³⁵⁾.

Non è difficile offrire esemplificazioni di quel che, attraverso le riflessioni « antropologiche » di Lévy-Bruhl, può valer per un filosofo: c'è un'esperienza comune alla moltitudine d'individui che circondano il singolo, e si tratta di esperienza attinente pensieri, volizioni, immaginazioni, obbligazioni, nonché linguaggio *in primitis*. Sono tutti stati cognitivi ed emozionali ad un tempo, sentiti e non solo conosciuti. Appartengono alla sfera intellettuale o cognitiva, sì, ma senza separazione dallo spazio in cui la conoscenza viene praticata, esperita.

Due esempi per tutti, i concetti teologico-religiosi e quelli giuridici. Si pensi ai concetti teologico-religiosi (in seguito si tornerà sui concetti giuridici): essi inaugurano ad esempio l'*Ethica*, e il primo lemma che il lettore incontra (dopo la specificazione, va notato, che si è all'inizio d'una « Pars » del volume) esprime « Dio », poi si parla ancora d'eternità ed infinità, vocaboli altrettanto gravitanti tradizionalmente nella sfera del teologico. Per l'insieme di vocaboli e concetti che regolano l'espressione della relazione con l'infinità degli attributi ⁽³⁶⁾, vale a dire — in linguaggio « popolare » ma non meno espressivo — con « Dio », Spinoza partecipa del linguaggio del gruppo sociale da cui proviene: quello giudaico certamente, ma anche il cristiano, nel quale maggiormente la sua esistenza venne ad orbitare, dopo le note vicende dell'espulsione dalla comunità ebraica di Amsterdam.

Né è un caso che Spinoza prenda avvio nell'*Ethica* impiegando un concetto « popolare », « collettivo », colorito d'elementi emozionali: « Dio » appunto, lemma che origina da una radice — sanscrita *devas*, ariana *dev-*, latina *divus* — il cui significato è quello dello « splendore », del « celeste del cielo », emozione della luce e del colore. In più, va sottolineato anche come quei concetti cui attinge Spinoza siano anche il deposito d'una lunga tradizione di

⁽³⁵⁾ L. LÉVY-BRUHL, *La morale et la science des mœurs*, Paris, Félix Alcan, 1903, 1971¹⁶, p. 231-32.

⁽³⁶⁾ E, Pars I, Definitiones, 6.

pensiero colto, una tradizione specificamente teologica e filosofica, la Scolastica medievale e cinque-secentesca.

Afferma Villey: « Mème Spinoza prend appui sur la théologie thomiste quand, à chaque instant, il exalte, en s'aidant des mêmes arguments et citations de l'Écriture dont avait usé saint Thomas, les 'lumières naturelles' de l'homme » (F, 189). Un esempio di dialogo diretto fra Spinoza e il tomismo, « Et si Scholastici hac de causa, quod scilicet homines in statu naturali vix sui iuris esse possunt, velint hominem animal sociale dicere, nihil habeo, quod ipsis contradicam »⁽³⁷⁾. Si veda G. COPPENS, *Spinoza et la conception scolastique de Dieu dans le contexte hollandais*, in C. JAQUET [a cura di], *Les Pensées Métaphysiques de Spinoza*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2003.

Tornando a Villey, come si vede la centralità del tema della « participation » nei *Carnets* offre argomenti per sottolineare un'obiettivo convergenza con le tesi di Lévy-Bruhl. Villey, che cita il filosofo ed etnologo in almeno un punto delle proprie opere (L, 81), ha peraltro affermato che

« Il est très paradoxal de sembler prendre la défense des 'structures mentales archaïques', de l'ontologie qui préférerait l'être à l'acquisition de l'avoir, de l'improductivité qui se lie semble-t-il à ce genre de mentalité: alors que nous voyons sombrer dans la compétition mondiale ce type de sociétés archaïques — et qu'aller au secours de ces hommes ne puisse semble-t-il se faire qu'en tentant de leur injecter le 'prométhéisme' moderne. Mais faites ici attention que les sociologues prisonniers de leurs grilles confondent volontiers Aristote et la mentalité sauvage — et que d'autre part si je pense qu'il n'y a guère de progrès, c'est seulement en philosophie » (C, XI, 4)⁽³⁸⁾.

Non bisogna, è vero, confondere Aristotele e i « primitivi »: questa preoccupazione veniva testimoniata anche da Lévy-Bruhl, quando rifletteva sul fatto che il vocabolario filosofico da impiegare per analizzare la mentalità « primitiva » era inadeguato, in quanto costruito da pensatori « formés par la doctrine aristotélicienne »⁽³⁹⁾, e dunque da uno schema che descrive i processi mentali come separati dal sentimento ed « impliquant une activité de la

⁽³⁷⁾ « E se gli scolastici per questo motivo, ossia perché è ben difficile per gli uomini essere autonomi nello stato di natura, vogliono chiamare l'uomo 'animale sociale', non ho nulla in contrario da opporre », TP, 47.

⁽³⁸⁾ Sulla « participation » in Villey si veda ancora C, IV, 35; XI, 1; XIII, 64.

⁽³⁹⁾ LÉVY-BRUHL, *Carnets*, cit., p. 206.

pensée saisissant des objets et des relations entre eux, [...laddove...] pour la mentalité primitive il ne s'agit pas ici d'opérations intellectuelles, mais de quelque chose d'appréhendé comme senti. [...] Un complexe émotionnel se produit, une réaction motrice suit aussitôt » (40).

Cionondimeno, è da ritenere che vi sia stata consapevolezza nello stesso Villey, « vivant aristotélicien » (41), di quanto quella critica all'epistemologia dello Stagirita avesse un fondamento nella misura in cui Aristotele stesso avesse poco sottolineato la dimensione del sentimento nella conoscenza, ovvero del « mistico », richiedendosi in tal modo, a chi volesse confrontarsi con l'aristolismo nell'epoca cartesiano-moderna della « soggettività » (dunque, a Villey medesimo), di concentrarsi, come s'è visto, precisamente sulla dimensione della « partecipazione » (concetto non aristotelico bensì platonico) all'interno della critica filosofica da lui dispiegata nell'intero arco della propria produzione intellettuale.

Già infatti nelle *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* si legge del suo fidare nel superamento della *querelle*

« entre partisans de l'observation 'scientifique' et fidèles du droit naturel; il se peut que ces deux attitudes ne soient pas irréconciliables, si la science, rigoureusement construite sur la seule base de l'expérience, accepte l'expérience intégrale, y compris l'expérience mystique ou celle de notre liberté, y compris l'expérience du juste. Et voici déjà qu'un rameau dérivé de Husserl tente d'édifier une théorie phénoménologique des valeurs [...] » (L, 100, con bibliografia su « Phénoménologie et droit » e « Phénoménologie des valeurs »).

« Autre le sage, autre bien plutôt le mystique, qui perçoit et garde dans son cœur la vision de la fin ultime, dont la conduite est à la fois ferme, droite et rationnelle » (C, III, 126).

« Il y a des signes qui renvoient à quelque chose de vérifiable — à chaque moment vérifiable par la voie de l'expérience sensible. Telles sont les formules scientifiques. Mais d'autres signes sont issus d'une expérience plus fugitive, ou trop haute pour que nous nous flattions de la renouveler à notre guise — Telles sont les paroles des mystiques, ou celles qui servent à résumer

(40) Ivi, p. 207. Si segnala la presenza congiunta di Lucien Lévy-Bruhl e Villey in un importante volume sulla filosofia del diritto di Axel Hägerström, letta in chiave emotivista e non cognitivista: C. FARALLI, *Diritto e magia. Il realismo di Hägerström e il positivismo filosofico*, Bologna, Clueb, 1992². Cfr. Villey su Hägerström in « L'Année sociologique », 1952.

(41) M. BASTIT, *Un vivant aristotélicien: M. Villey*, « Droits », 29, 1999.

une intuition philosophique. Il faut considérer ces signes comme un trésor irremplaçable » (C, VIII, 88; si veda anche XII, 16).

Ora, parlare in quei termini di « expérience mystique » non può che confermare la sensazione d'un legame — anche se non espressamente dichiarato — con uno dei grandi pensatori della mistica nel Novecento, quel Lucien Lévy-Bruhl per lungo tempo docente di storia della filosofia alla Sorbona nonché padre di Henri, collega di Villey, romanista anch'egli e sociologo del diritto nella medesima *Faculté de droit de Paris*.

Sicché l'intera opera di Villey (almeno dalle *Leçons* ai *Carnets*, un arco temporale di trent'anni) può esser letta quale sforzo di « emendatio » della *philosophia perennis* aristotelico-tomista dalle incrostazioni « razionalistiche » moderne (l'« aristotelismo », il « tomismo »: ulteriori metamorfosi dell'—ismo), che pur hanno allignato su un *corpus* filosofico decisamente aperto sull'esperienza quale fonte di conoscenza.

« Saint Thomas n'était pas thomiste. Nul grand penseur ne se sclérose au point d'avoir une doctrine. Mais des opinions, des observations [...] » (C, XVIII, 51).

« Saint Augustin et saint Thomas, les plus grands docteurs de l'Eglise — l'augustinisme et le thomisme les deux erreurs les plus lourdes » (C, XVI, 85).

« Il n'y a pas de morale chrétienne comme il n'y a pas de philosophie thomiste; il ne saurait y avoir qu'une morale et qu'une philosophie tout court. [...] » (C, VI, 2).

Non si tratta, certamente, di cadere nelle maglie d'una mistica « irrationnelle » (APD, 1965, 175, in tema di « mystique marxiste »), bensì di coniugare mistero delle cose e contemplazione attiva.

Si noti come già l'affermarsi della filosofia di Wittgenstein nel dibattito filosofico contemporaneo — nella cui scia si situa, cronologicamente, anche la riflessione di Villey — abbia dato origine ad un *retour à Tommaso*, letto in chiave anti-cartesiana attraverso le lenti dell'« esternalismo » e dell'« anti-individualismo », cfr. R. POUVET, *Après Wittgenstein, Saint Thomas*, Paris, Puf, 1997.

4. *Visione e diritto.*

Si legge nell'*Ethica* che

« Homine necessario passionibus esse semper obnoxium, commu-

nemque naturae ordinem sequi et eidem parere, seseque eidem, quantum rerum natura exigit, accomodare » (42).

Si tratta d'un'ulteriore conferma, se ve ne fosse bisogno, della necessaria lettura *in uno* di dimensione « razionalistica » e dimensione « mistica » nell'opera di Spinoza: le passioni, che sono sentimenti, sono necessariamente sempre presenti nell'uomo, ed anche l'uomo in cerca del « Verum » costantemente oscilla tra soggezione ad esse e processo di liberazione.

Si noti che il traduttore del *Tractatus politicus*, laddove si richiama direttamente il luogo dell'*Ethica* in cui è affermato che gli uomini « affectibus esse obnoxios », rende l'espressione non con l'aggettivo « soggetti agli affetti », bensì « attraversati dagli affetti » (TP, 31). L'immagine è buona: se vi è un procedere « razionale » sulla via della liberazione dalla soggezione alle passioni, nondimeno tale « Conatus » rimane naturalmente, costantemente, *attraversato* dall'influsso di quelle.

Una delle passioni maggiori da cui l'uomo è attraversato è quella del vedere, e maggiore perché « il n'est pour nous qu'un seul maître ce sont les choses, et l'on ne nous apprend qu'à les voir. A partir de quoi il existe une vérité » (C, IV, 30). Villey ha costantemente sottolineato questa condizione dell'uomo.

« Nous avons passion de voir » (C, I, 1).

« L'homme voit (si le monde est réel) embrasse du regard des ensembles, des relations, des *proportions* » (C, IX, 1).

Nella visione si ha l'abbraccio dell'insieme (43): in tal senso, la visione è per definizione luogo della partecipazione. Si potrebbe giungere ad affermare che lo sguardo è il sensorio — fisico ma anche ideale, se pur tale distinzione ha senso — del rapporto tra le « Parties » (la *proporzione*).

Il tema della visione è costitutivo delle riflessioni di Villey consegnate ai *Carnets*:

(42) « L'uomo è sempre necessariamente soggetto (*obnoxium*) alle passioni e segue il comune ordine della natura, ad esso obbedisce e ad esso si adatta, nella misura che la natura delle cose esige », E, Pars IV, Prop. IV, Corollarium.

(43) Sulla « vision des ensembles », S. RIALS, *Présentation*, in F, 34n.

« La philosophie était un effort pour voir le monde en son ensemble, afin de s'y reconnaître et de chercher rationnellement la direction de sa conduite. [...] » (C, IX, 29).

« La philosophie n'est pas mauvaise, il y a de mauvaises philosophies. [il n'y a guère que cela.] C'est que si l'usage de la philosophie pour nous autres théoriciens n'est nullement facultative, elle est difficile. Elle requiert l'ouverture d'un seul à tous les points de vue [...] » (C, II, 110).

« L'échelle humaine (connaissance à) — L'homme moderne met sa valeur dans l'acte séparé, individuel, instantané; dans le jeu d'échecs pris en soi, et indépendamment d'un but; donc dans la technique déifiée. Selon son milieu il exalte la jouissance sexuelle, le record sportif ou la fabrication d'une pièce d'acier. Il me semble urgent de réhabiliter les vues générales; certes elles ont quelque chose de trouble d'indistinct de sale, mais sont à la mesure de l'homme. L'homme est un regard myope qui cherche à s'orienter dans le brouillard; et s'il opte pour l'exaltation des visions proches et précises, il fuit la condition humaine. Notre temps pêche par un nouveau type d'angélisme » (C, II, 7).

« Ce que l'homme voit, il le voit mal, parce que son œil est faible et malade. Telle est sa part, un perpétuel effort d'accommodation aux choses; plutôt que de logique interne. La diversité des visions ne prouve pas leur subjectivité; seulement que nos yeux sont trop faibles et ne saisissent chacun qu'un aspect de la surabondance du réel » (C, IX, 4).

Si potrebbe continuare con la ricognizione dei molti luoghi nei quali Villey ritorna sul tema del rapporto tra visione e verità. Quel che va sottolineato è che, sempre, la convinzione che supporta la sua posizione è quella dell'inesprimibilità della verità.

« Et alors si l'illusion de l'idéalisme est de savoir (parce que l'esprit se connaît lui-même et le monde qui serait son produit) — tout ce que sait notre philosophie est que nous ne savons pas mais ne sommes qu'un regard sur le monde — et que jamais le regard n'épuise l'objet par lui considéré. Seul Dieu connaît le monde parce que Dieu a créé le monde, mais avec sa logique propre à laquelle nous ne pouvons pas atteindre. Il y a plus de choses dans la nature (et aussi bien dans n'importe lequel de nos objets d'études) que jamais dans notre cerveau. Pourquoi la science ne peut pas être que pernicieuse illusion. [...] » (C, IX, 39).

Se addirittura la logica della creazione del mondo rimane incomprendibile all'uomo, e qualunque proposizione in merito non può che mostrarsi superflua — e dunque se su di essa non è possibile fondare alcun privilegio, alcuna rappresentanza, nel dibattito delle idee —, allora si può ben affermare che si mostra anche qui una grande sintonia con l'autore dell'*Ethica*, il quale sapeva porre la corretta interrogazione su quel mistero lasciandolo intatto, mistero depositato in seno ad un intelletto infinito.

« Iis autem, qui quaerunt: cur Deus omnes homines non ita creavit, ut solo rationis ductu gubernarentur? nihil aliud respondeo, quam quia ei non defuncti materia ad omnia, ex summo nimirum ad infimum perfectionis gradum, creanda; vel magis proprie loquendo, quia ipsis naturae leges adeo amplae fuerunt, ut sufficerent ad omnia quae ab aliquo infinito intellectu concipi possunt, producendo [...] » (44).

C'è una dimensione « estetica » (45), allora, nella posizione giurifilosofica di Villey. Egli ha continuamente sottolineato — si tratta d'una tesi ricorrente nell'opera sua (46) — come la filosofia moderna (erede in ciò d'una posizione già espressa dal nominalismo francescano) abbia perduto di vista il diritto nella sua accezione originaria, appunto quella aristotelica fatta propria anche dai giuristi d'epoca romana classica.

« *Esthétique et droit* — Deux disciplines qui ont besoin de la philosophie parce que portant sur des ensembles... [...] » (C, XIII, 52)

« [Pour Aristote] le *Dikaion* est une *proportion* (celle que nous découvri- rons bonne) entre des choses partagées entre des personnes; un *proportion- nel* (terme neutre), un '*analogon*'. On peut dire aussi que le droit consiste en une égalité, un égal (*ison*). Ce mot risque d'être mal compris, parce que nos mathématiques modernes sont très différentes de celles de la Grèce. D'abord les mathématiques grecques n'avaient pas la sécheresse des nôtres; elles étaient aussi une recherche, une contemplation de cette *beauté* qui réside dans l'ordre cosmique; dire qu'on découvre dans le monde une égalité, n'é- tait pas que dresser le constat d'une simple équivalence de fait entre deux quantités, mais y déceler une *harmonie*, la *valeur* du *juste*: proche parente de la valeur du *beau*. L'*Ison* est un juste 'milieu' entre un excès et un défaut » (PH I, 74-75).

(44) « A coloro che chiedono, perché Dio non creò tutti gli uomini in modo che si regolassero con la sola guida della ragione, non rispondo altro se non che a lui non mancò la materia per creare tutte le cose, dal massimo al minimo grado di perfezione; o per parlare più propriamente, perché le leggi della natura di Dio furono così ampie, da bastare a produrre tutte le cose che possono essere concepite da un intelletto infinito », E, Pars I, Appendix.

(45) S. TZITZIS, *L'éthique juridique d'Aristote vue par Michel Villey*, in C. DELSOL - S. BAUZON [a cura di], *Michel Villey. Le juste partage*, Paris, Dalloz, 2007.

(46) Si veda *La philosophie grecque classique et le droit romain*, L, 23 ss.; *Aristotelisme et droit romain*, F, 103-106; *Logique d'Aristote et droit romain*, in « *Revue historique du droit français et étranger* », 1951; *La notion classique de ius et le dikaion d'Aristote*, in *Colloquio italo-francese: la filosofia greca e il diritto romano*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1976.

Ora interessa sottolineare qui la posizione filosofica che giustifica questa lettura.

« Je n'ai point de critère du juste, cela est vrai, je dois admettre un sens autonome du juste analogue au critère du beau [...] » (C, X, 136).

« Le juste [...] est dans les choses et dans les actes par lesquels nous faisons les choses ce qu'elles sont, dans nos œuvres, dans la poïésis. Encore que justice, beauté et vérité ne soient aussi que des aspects que notre intelligence naturelle distingue dans l'être, de notre point de vue, conformément à notre nature, et dans l'Être elles sont réunies, du moins pouvons-nous le supposer; car en ce point nous sommes dépassés, et ne pouvons rien concevoir qu'à notre mesure. Le bon, le beau, le juste, le vrai se distinguent du point de vue de l'homme » (C, X, 139).

« Et cependant, si la valeur n'était qu'en nous elle ne serait pas, car nous pourrions à notre guise le déplacer, comme veut l'humanisme moderne. Il faut que la valeur soit donnée en dehors de moi, et que je l'observe, qu'elle s'impose à moi, comme je le ressens en effet. Ma participation n'est donc que découverte. Et si pourtant certaines valeurs (les vertus et la vérité) me sont relatives, c'est que je suis moi-même dans l'être, parmi les objets de la nature que je considère. Puisqu'il y a en moi cette étrange puissance de dédoublement de pouvoir sortir de moi-même, de me voir et de me juger moi-même; non pas cependant de me créer » (C, X, 140).

Se dunque si conferma il richiamo alla dimensione della sensibilità (« un sens autonome del giusto ») quale luogo della partecipazione alla sfera del giusto e dei valori in generale, è pur vero che tale « agire senza fondamenti » non possiede un criterio assoluto per identificare i contenuti, le regole, dell'agire « juste ».

« Je dis que les lois dépendent de l'être et qu'elles sont toujours imparfaites et insuffisantes relativement à leur modèle qui est en l'être d'ailleurs changeant. Mais il n'empêche que notre action ait besoin de prendre appui ferme dans des règles relativement stables, qui composent un idéal. Et qu'il nous faille suivre ces règles, schéma grossier et transitoire du droit naturel. Oui mais, jusqu'à un certain point. Sans en faire le souverain du droit — Sans oublier ce qui est derrière elles et au-dessus d'elles, cet imperceptible souverain » (C, X, 141).

Esiste allora una possibilità di leggere *in uno*, anche in tema di diritto, il rapporto tra Spinoza e Villey? Spinoza, che ha « manifesté sur le tard un vif intérêt pour le droit » (APD, 1961, 27), riteneva, in modo « puissamment réaliste » (L, 58), che il diritto coincidesse con la « Potentia » dell'individuo, espressione delle leggi della sua natura (TP, Caput II, § 4). Certo, « la liberté (comme di-

rait Sartre) est un donné inéluctable. Les ‘pouvoirs’ eux-mêmes sont des faits de la nature brute (comme Spinoza l’avait parfaitement observé); il n’est pas besoin des juristes pour leur conférer l’existence » (APD, 1961, 67). Anzi, specifica Villey con linguaggio inequivocabilmente spinoziano, « il est bon que chaque homme ou chaque corps ressente en lui une vocation à un développement infini de son être et de sa puissance » (ivi, 70).

Cionondimeno questa dottrina, « qui se veut absolument pure de toute séquelle scolastique [et qui] brise avec la tradition aristotélécienne, ainsi qu’avec toute la théologie chrétienne orthodoxe » (ivi, 73), conduce alla negazione del diritto, poiché in essa « la notion première est le droit subjectif de l’individu, assimilé avec réalisme au *pouvoir* qu’il détient en fait » (ivi, 74; si veda anche PH I, 151).

In Spinoza accadrebbe solo in un secondo tempo che, « les hommes s’étant réunis pour être plus forts, apparaissent les droits ou pouvoirs des groupes, et de leur puissance supérieure sortiront pour l’individu les règles du juste et de l’injuste, les règles du droit objectif » (APD, 74). Il diritto viene adesso ad identificarsi col « commandement du groupe ou du chef qui le représente; le droit sort de la volonté de la puissance publique », con tutte le conseguenze prevedibili in tema di positivismo giuridico « le plus impérieux » (ibidem).

Su Spinoza e il diritto si veda: E. CASSIRER, *Vom Wesen und Werden des Naturrechts* [1932], e *Spinozas Stellung in der allgemeinen Geistesgeschichte* [1932], in E. CASSIRER, *Gesammelte Werke*, Band 18, Hamburg, Felix Meiner, 2004 (il secondo è tradotto in E. CASSIRER, *Dall’Umanesimo all’Illuminismo*, Firenze, Nuova Italia, 1967); R. MASPETIOL, *L’Etat et le Droit selon Spinoza*, APD, 1960; A. MATHERON, *Individu et communauté chez Spinoza*, cit.; S. BRETON, *Les fondements théologiques du droit chez Spinoza*, APD, 1973; G. COURTOIS, *Le Jus sive Potentia spinoziste*, APD, 1973, e *La loi chez Spinoza et saint Thomas d’Aquin*, APD, 1980; P-F. MOREAU, *Jus et Lex. Spinoza devant la tradition juridique, d’après le dépouillement informatif du Traité Politique*, « Raison présente », 43, 1977; M. WALTHER, *Spinoza und der Rechtspositivismus. Affinitäten der Rechtslehre Spinozas und der reinen Rechtslehre Kelsens*, « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », 3, 1982 e *Die Transformation des Naturrechts in der Rechtsphilosophie Spinozas*, « Studia spinozana », 1, 1985; A. MATHERON, *Spinoza et la problématique juridique de Grotius*, « Philosophie », 4, 1984; R. MISRAHI, *Le désir, le droit et la liberté véritable dans la philosophie de Spinoza*, « Droits », 28, 1999; B. FRYDMAN, *Divorcing Power and Reason: Spinoza and the Founding of Modern Law*, « Cardozo Law

Review », 2, 2003; R. CICCARELLI, *Potenza e beatitudine. Il diritto nel pensiero di Baruch Spinoza*, Roma, Carocci, 2003.

La lettura villeyana della genesi del diritto in Spinoza presuppone, come s'è già indicato, la riconduzione dell'autore del *Tractatus theologico-politicus* all'interno della tradizione dualista cartesiana, cosa che s'è fatta evidente nell'individuazione da parte di Villey d'una « politica del diritto in due tempi » negli scritti spinoziani: potere e diritto soggettivo da un lato e, solo in seguito, riunione della moltitudine (contratto sociale) e nascita del potere dei gruppi, con conseguente genesi del diritto oggettivo.

Questa lettura però è stata definitivamente sconfessata dalla *Spinoza-rennaissance* che ha preso avvio alla fine degli anni sessanta del secolo scorso in Francia, sicché vien fatto di pensare che il (peraltro coevo) procedere di Villey nell'interpretazione della questione del diritto in Spinoza debba essere indagato in altra prospettiva, quella d'una *strategia* tesa a nascondere la portata reale della dottrina spinoziana del diritto (il cui riconoscimento invero non sarebbe a Villey affatto mancato, come mostra, *a contrario*, la ricostruzione abbozzata nel presente saggio), a tutto vantaggio del non indebolimento della propria posizione in tema di « droit naturel », altrettanto aristotelico-tomista quanto, in effetti, anche filospinoziana.

Si ricordi peraltro che una visione dialettica conseguente non può esimersi da « tout confronter » (C, V, 80), poiché « il est des points de vues multiples pour juger et percevoir » (C, I, 26), e « tout cela qui possède l'existence authentique est bon, donc les idées, toutes les thèses et toutes les paroles » (C, I, 44). E si è già ampiamente visto quale sia stato il confronto diretto da parte di Villey con le parole, buone perché autentiche, di Spinoza medesimo.

Si noti come negli scritti di Villey emerga spesso — e non solo quando si discute di Hobbes (F, 562n, 567n.) — la presenza di Leo Strauss, autore d'un famoso libro sulla *Persecution and the Art of Writing*. Nella letteratura secondaria su Villey, Rials accenna in due punti alla « parenté avec Strauss et les straussiens » (in RIALS, *Présentation* a F, cit., p. 3n., 18); altrove si discute circa una possibile contrapposizione radicale, in Villey, fra Antichi e Moderni in materia di concezione del diritto: in tema Bauzon è guardingo (BAUZON, *Le métier de juriste*, cit., p. 27n.), mentre la Goyard-Fabre sottolinea la maggior

radicalità di Villey rispetto a Strauss circa l'« anti-nature des modernes » (S. GOYARD-FABRE, *Critique... vous avez dit « critique »? Anti-criticisme et intuition post-critique*, APD, 2007, p. 346, 355n.). Anche Villey ha scritto un testo dal titolo *Le droit naturel et l'histoire* (S, 73 ss.), nel quale peraltro Strauss non viene menzionato. Recensione del volume di Strauss in APD, 1953-54.

Nel più recente dei due densi saggi sulla filosofia del diritto di Spinoza pubblicati sulle *Archives de Philosophie du Droit* ⁽⁴⁷⁾ negli anni in cui Villey ne era direttore, e che dunque non gli potettero sfuggire, Gerard Courtois — il quale è dell'opinione che si dia « une certaine convergence entre Villey et Spinoza dans la stricte mesure où tous les deux ont lutté, dans des contextes épistémologiques différents, contre le subjectivisme juridique » ⁽⁴⁸⁾ — ha mostrato, appoggiandosi sulle analisi spinoziane di Deleuze e Mathéron ⁽⁴⁹⁾, come da Spinoza sia stato pensato un « lieu originel, où égoïsme et 'altruïsme' coïncident » ⁽⁵⁰⁾, luogo ove sia dunque possibile sentire il proprio desiderio, o « Conatus », come altrui, e viceversa.

Partendo dal riconoscimento del legame di partecipazione (« Le mode spinoziste ne peut être causé par l'attribut divin sans être dans cet attribut comme un de ses propriétés ») ⁽⁵¹⁾, e mostrando come sia possibile pensare che fra Dio, attributo e modo si possano dare « commune mesure » e « formes communes » ⁽⁵²⁾, Courtois giunge a stabilire l'immanenza del diritto naturale nel pensiero di Spinoza nel processo di passaggio non dalla libertà al diritto, bensì da una « forme d'interdépendance à une autre » ⁽⁵³⁾.

« C'est donc au niveau d'une dialectique des rapports de force entre individus passionnés que nous devons élucider la question de l'état », comprendendo la rilevanza della « équivocité de l'expé-rien-

⁽⁴⁷⁾ COURTOIS, *Le Jus sive Potentia spinoziste*, cit.; *La loi chez Spinoza et saint Thomas d'Aquin*, cit.

⁽⁴⁸⁾ Comunicazione personale, e-mail del 25 febbraio 2008.

⁽⁴⁹⁾ G. DELEUZE, *Spinoza et le problème de l'expression*, Paris, Minit, 1968; MATHERON, *Individu et communauté chez Spinoza*, cit.

⁽⁵⁰⁾ COURTOIS, *Le Jus sive Potentia spinoziste*, cit., p. 356.

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. 343.

⁽⁵²⁾ Ibidem.

⁽⁵³⁾ Ivi, 362.

ce »⁽⁵⁴⁾ quale luogo di produzione d'un'idea « d'autrui en général », equivocità che spinge alla ricerca d'un accordo comune fra tutti basato anche sulla « croyance » in quello che si ritiene « être le sentiment le plus répandu », dandosi così origine ad un « code implicite »⁽⁵⁵⁾ che ha come contenuto la risultante di tutti i desideri individuali.

« Vivre dans une société affermie par des lois, c'est d'abord éprouver les mêmes raisons qu'autrui de craindre et d'espérer. Jusqu'à la constitution de l'imperium, je me déterminais d'après des affections personnelles quelconques, en obéissant à l'état je ne renonce pas à mon droit naturel, je me détermine d'après des affections communes et collectives »⁽⁵⁶⁾.

Tutti i temi incontrati finora possono esser trovati nella pagina letta: « participation », « expérience », « croyance », « sentiment ». Se ne deve sottolineare in particolare uno, ed è quello che concerne l'origine dell'« état » (vale a dire dell'« imperium », del « pouvoir ») da una « dialectique des rapports de force ». Tema, anche questo, eminentemente villeyano.

Anche in Villey l'autonomia del « droit naturel », unica « force » legittima, non si fonda su un'esperienza che sta al di fuori dell'essere (il « dover » essere): essa sta invece nel passaggio del « droit naturel » dalla potenza all'atto, processo in cui emergono regole scritte (PH II, 210-11) attraverso una « operation collective » (ivi, 70) — « Toute oeuvre humaine est collective, y compris l'oeuvre de connaissance » (ivi, 217, 220) —, la quale si sostanzia nell'« heurt des opinions » (ivi, 70) ed in un « un long débat » (ivi, 212, si veda anche pp. 50-75, sull'arte dialettica sia in filosofia, sia in rapporto al diritto). Se, appunto, « la vérité [est] une force » (C, V, 69), ciò significa che essa può affermarsi solo nella lotta fra le « Partes », nel combattimento della procedura in cui viene « audita et altera Pars ».

In quella procedura si afferma anche il diritto che ne emerge,

⁽⁵⁴⁾ Ivi, 363.

⁽⁵⁵⁾ Si potrebbe anche dire: un *habitus*. Cfr. F.S. NISIO, *Metamorfosi di Bourdieu. La mistica, il diritto, la storia*, « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 35, 2006.

⁽⁵⁶⁾ Ivi, 364.

unico vero « pouvoir », « pouvoir des textes » e delle « lois positives » (PH II, 211, 219), non di « gouvernants » (ivi, 215). « *La force des gouvernants [a un] fondement précaire, illusoire: on ne peut derrière chaque loi à chaque moment mettre un gendarme, et la force est capricieuse, incessamment elle émigre d'un parti à l'autre* » (ibidem).

Potere dei testi, sì, i quali mostreranno immancabilmente la propria « insuffisance » e necessità di esser emendati e riformati, sia perché « il n'existe pas de règle juridique qui soit à la fois véritable et constante et universelle » (ivi, 215-16), sia perché ciascuna decisione è « discrétionnaire, met un terme à la recherche » e, purtuttavia, può essere « imparfaite » (ivi, 216-17).

« Flexible droit! », esclama Villey (ivi, 217), rendendo così omaggio al doyen Carbonnier, altro collega nella *Faculté de droit*. La mutevolezza d'un siffatto diritto « naturale », la sua ricerca mai esauribile e dunque eterna, è la miglior qualità che possa esser sottolineata, a conclusione dell'analisi di questa potente ripresa di temi classici della filosofia del diritto, meglio, della filosofia *tout court*.

Bibliografia di Michel Villey (Caen, 1914 — Paris, 1988)

La presente *Bibliografia* si basa — al contempo accrescendola in più punti — su quella stabilita da Stéphane Bauzon ne *Il mestiere del giurista. Il diritto politico nella prospettiva di Michel Villey / Le métier de juriste. Du droit politique selon Michel Villey*, Milano, Giuffrè, 2001/Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2003.

È possibile consultare un sintetico profilo biografico e bibliografico di Michel Villey in M. VILLEY, *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les Carnets*, Paris, Puf, 1995, pp. XIII-XV.

Nel 1998 è stato fondato a Parigi l'*Institut Michel Villey pour la Culture Juridique et la Philosophie du Droit* (1, rue d'Ulm; sito internet, www.villey.com). L'*Institut* è subentrato al *Centre de Philosophie du Droit*, sorto nel 1950 all'interno dell'Université Paris II, nella cui *Faculté de droit* Villey aveva insegnato dal 1961, animando anche le attività del *Centre*. La ricca biblioteca dell'*Institut* è costituita in larga parte dal lascito personale di Villey.

1. *Opere di Michel Villey.*

La croisade, Paris, Vrin, 1943

- Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, Paris, Montchrestien, 1945
- Le droit romain*, Paris, Puf, 1949, 2002¹¹
- Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1957, 2002³
- La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrestien, 1968, 1975⁴, nuova ed. Puf, 2003, 2006²; trad. *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, Jaca Book 1986, 2007²
- Seize essais de philosophie du droit, dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, 1969
- Philosophie du droit. I: Définitions et fins du droit*, Paris, Dalloz, 1975, 1986⁴; *Philosophie du droit. II: Les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 1979, 1984²; ried. in volume unico, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2001
- Critique de la pensée juridique moderne*, Paris, Dalloz, 1976
- Le droit et les droits de l'homme*, Paris, Puf, 1983
- Questions de saint Thomas sur le droit et sur la politique*, Paris, Puf, 1987
- Réflexions sur la philosophie et le droit. Les Carnets*, a cura di M.A. FRISON ROCHE-C. JAMIN, Paris, Puf, 1995
- Glânes*, inedito carnet pubblicato in appendice a S. BAUZON, *Le métier de juriste*, Ste Foy, Presses de l'Université de Laval, 2003; trad. in S. BAUZON, *Il mestiere del giurista. Il diritto politico nella prospettiva di Michel Villey*, Milano, Giuffrè, 2001

2. *Articoli di Michel Villey nelle Archives de Philosophie du Droit* ⁽⁵⁷⁾

- Les origines de la notion de droit subjectif*, 1953-1954; ripreso in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*
- Essor et décadence du volontarisme juridique*, 1957, ripreso in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*
- Une définition du droit*, 1959, ripreso in *Seize essais de philosophie du droit*
- Deux ouvrages italiens sur la philosophie du droit de Kant* (N. BOBBIO, *Diritto e Stato nel pensiero di E. Kant*; D. PASINI, *Diritto, società e Stato in Kant*), 1959
- Philosophie de Kant et méthode du positivisme juridique*, 1959
- À propos du livre d'Engish*, 1959
- Une enquête sur la nature des doctrines sociales chrétiennes*, 1960

⁽⁵⁷⁾ Michel Villey è stato *Directeur* delle *Archives* dal 1959 al 1984.

- Quatre ouvrages sur la justice* (C. PERELMAN, *De la justice*; F. HEIDSIECK, *La vertu de justice*; G. DEL VECCHIO, *La giustizia*; W. SAVER, *Gerechtigkeit*), 1960
- Abrégé de droit naturel classique*, 1961; ripreso in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*
- Les fondateurs de l'École du Droit naturel moderne au XVII siècle*, 1961
- Qu'est-ce que la philosophie du droit?*, 1962, ripreso in *Seize essais de philosophie du droit*
- Droit et règles. À propos de la règle de justice de C. Perelman*, 1962, ripreso in *Seize essais de philosophie du droit*
- Le dépassement du droit*, 1963
- François Gény et la renaissance du droit naturel*, 1963, ripreso in *Seize essais de philosophie du droit*
- Sur une récente apologie du positivisme juridique*, 1963
- La genèse du droit subjectif chez Occam*, 1964, ripreso in *Seize essais de philosophie du droit*
- Du nouveau sur la politique de Kant*, 1964
- Historique de la nature des choses*, 1965, ripreso in *Seize essais de philosophie du droit*
- Phénoménologie et existencialo-marxisme à la Faculté de Droit de Paris*, 1965
- La logique du droit-liminaire, données historiques*, 1966
- Une grande doctrine contemporaine: la philosophie juridique de R. Marcic*, 1966
- Une ouvrage récente sur Marx et le droit* (U. CERRONI, *Marx e il diritto moderno*)
- Panorama des philosophies juridiques modernes occidentales et marxistes du monde socialiste*, 1967, ripreso in *Critique de la pensée juridique moderne*
- Préface historique à l'étude des notions de contrat*, 1968, ripreso in *Seize essais de philosophie du droit*
- Contre l'humanisme juridique*, 1968
- Le droit de l'individu chez Hobbes*, 1968, ripreso in *Seize essais de philosophie du droit*
- Études récentes sur Ehrlich et le sociologisme juridique*, 1968
- Sein und Sollen im Erfahrungsbereich des Rechts, un point de vue d'historien*, 1968, ripreso in *Seize essais de philosophie du droit*
- Sur l'histoire des règles du droit* (P. STEIN, *Regulae Juris*)
- De l'étude. Un cours sur les philosophies du droit de l'Université*, 1969
- Analyses structurales et idéologies structuralistes*, 1970
- Une interprétation nouvelle du sociologisme*, 1970
- La justice harmonique selon Bodin*, 1970, ripreso in *Critique de la pensée juridique moderne*
- Métamorphoses de l'obligation*, 1970, ripreso in *Critique de la pensée juridique moderne*

- Nietzsche et le droit. Réflexions après la lecture de Gilles Deleuze, « Nietzsche et la philosophie », 1970*
- La philosophie du droit de Burke, 1970, ripreso in Critique de la pensée juridique moderne*
- Le droit romain dans la Philosophie des Rechts de Hegel, 1971*
- Politique et droit, 1971, ripreso in Critique de la pensée juridique moderne*
- Quatre ouvrages récents sur la méthode du droit (D.V. STEPHANITZ, Exakte Wissenschaft und Recht; M. SBRICCOLI, L'interpretazione dello Statuto; G. GOTTLIEB, The Logic of Choice; H.G. GADAMER, Wahrheit und Methode), 1971*
- La Rechtslehre de Kant dans l'histoire de la science juridique, 1971, ripreso in Critique de la pensée juridique moderne*
- Modes classiques d'interprétation du droit, 1972*
- Bentham et le droit naturel classique, 1972*
- Sur les essais d'application de la logique déontique au droit (autour de l'a priori de la rationalité déontique. Dialogue à trois voix. J.L. Gardies, G. Kalinowski, M. Villey), 1972*
- Nos philosophes en face au droit, 1972*
- Si la théorie générale du droit, pour Saint Thomas, est une théorie de la loi, 1972*
- Bible et philosophie gréco-romaine de saint Thomas au droit moderne, 1973*
- Deux études récentes d'histoire du raisonnement juridique (F. HORAK, Rationes Decidendi; G. OTTE, Dialektik und Jurisprudenz), 1973*
- Un nouveau produit du néo-thomisme dans la doctrine catholique du droit naturel (D. COMPOSTA, Natura e Ragione), 1973*
- Indicatif et impératif juridiques. Dialogue à trois voix (J-L. Gardies, G. Kalinowsky, M. Villey), 1974*
- Sur la politique de Jacques Maritain, 1974*
- Sur la dialectique comme art du dialogue, 1976*
- Autour du traité de logique juridique de C. Perelman, 1977*
- Esquisse historique sur le mot "responsable", 1977*
- Les rapports de la science juridique et de la philosophie du droit, 1978*
- Préface historique (en thème de 'Formes de rationalité du droit'), 1978*
- Préface historique (en thème de 'Biens et choses'), 1979*
- Préface à T. HOBBS, De Cive, 1980*
- Préface historique (en thème de 'Utile et juste'), 1981*
- Travaux récents sur les droits de l'homme (R. TUCK, Natural Law Theories; J. FINNIS, Natural Law and Natural Rights), 1981*
- Signification philosophique du droit romain, 1981*
- De la dialectique comme art de dialogue et sur ses relations au droit, 1982*
- Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique, 1983*

- Recherches récentes sur le dialogue* (F. JACQUET, *Dialogiques*; R. GRÖSCHNER, *Dialogik und Jurisprudenz*), 1983
Le jugement selon saint Thomas et la dialectique, 1983
L'art du dialogue dans la Somme Théologique, 1984
La mobilité du droit naturel chez Aristote et Thomas d'Aquin (avec G. Kalinowski), 1985
Considérations intempestives sur le droit des gens, 1987
Entretien avec Michel Villey, 1991

3. *Altri articoli di Michel Villey.*

- L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, in « *Revue historique du droit français et étranger* », 1946, ripreso in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*
Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique, in « *Revue internationale des droits de l'Antiquité* », 1949
Le jus in re du droit romain classique au droit moderne, in *Publications de l'Institut de droit romain de l'Université de Paris*, Paris, 1950
Logique d'Aristote et droit romain, in « *Revue historique du droit français et étranger* », 1951
 Recensione di A. HÄGERSTRÖM, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, in « *L'Année sociologique* », 1952
Deux conceptions du droit naturel dans l'Antiquité, in « *Revue historique du droit français et étranger* », 1953
Suum jus cuique tribuens, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, I, Milano, Giuffrè, 1954
Sources et portée du droit naturel chez Gratien, in « *Revue de droit canonique* », 1954, ripreso in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*
Méthode sociologique et droit: préface, colloque de Strasbourg, 1956
 Recensione di A. HÄGERSTRÖM, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, in « *Revue historique du droit français et étranger* », 1956
Chronique de philosophie du droit, in « *Revue de droit canonique* », 1959
Ce que l'histoire du droit doit à Comte, in *Droits de l'antiquité et sociologie juridique. Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris, Sirey, 1959
 Recensione di H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, in « *L'Année sociologique* », 1960
L'Écriture Sainte comme source de droit dans la Somme Théologique de saint Thomas d'Aquin, in *La Révélation chrétienne et le droit*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Paris, Dalloz, 1961, ripreso in *Seize essais de philosophie du droit*
Laïcité, incertitude et mobilité du droit naturel, in *Pratique du droit et conscience chrétienne*, Paris, Cerf, 1962

- La nature des choses dans l'histoire de la philosophie du droit*, in *Droit et nature des choses*, Paris, Dalloz, 1965
- Qu'est-ce que le droit naturel classique?*, in « Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie », 1965
- Law and Values: a French View*, in « The Catholic University of American Law Review », 1965
- Le moralisme dans le droit à l'aube de l'époque moderne*, in « Revue de droit canonique », 1966
- Question de logique juridique dans l'histoire de la philosophie du droit*, in *Études de logique juridique*, II, Bruxelles, Bruylant, 1967, ripreso in *Seize essais de philosophie du droit*
- Histoire de la logique juridique*, in *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, XV, Toulouse, 1967
- Le droit de l'individu chez Hobbes*, in R. KOSELLECK - R. SCHNUR [a cura di], *Hobbes Forschungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1969, ripreso in *Seize essais de philosophie du droit*.
- Le raisonnement juridique dans l'histoire du Droit romain et du Moyen-âge*, in « Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie », 1971
- Critiques des droits de l'homme*, in « Anales de la Catedra de Francisco Suarez », 1972
- Dialectique et droit naturel*, in « Rivista Internazionale di filosofia del diritto », 1973
- La loi pour officialiser une nouvelle morale?*, in « Le Monde », 14.12.1973.
- De l'enseignement de la politique selon saint Thomas*, in AA. VV., *San Tommaso e la filosofia del diritto oggi*, Roma, Città Nuova, 1974
- Nouvelle rhétorique et droit naturel*, in C. PERELMAN [a cura di], *Études de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1976, ripreso in *Critique de la pensée juridique moderne*
- La notion classique de ius et le dikaion d'Aristote*, in *Colloquio italo-francese: la filosofia greca e il diritto romano*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1976
- Déformation de la philosophie du droit d'Aristote entre Vitoria et Grotius*, in *Platon et Aristote à la Renaissance*, Paris, Vrin, 1976
- Droit familial et philosophie du droit naturel*, in « Rivista chilena di Derecho », 1980
- Saint Thomas dans l'histoire des sources*, in *Études d'histoire du droit canon dédiées à Le Bras*, Paris, Sirey, 1980
- Notes critiques sur les droits de l'homme*, in *Europaisches Rechtsdenken im Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 1970 Geburtstag*, I, München, Beck, 1982
- La fonction rétributive de la peine chez saint Thomas*, in *Rétribution et justice pénale*, Paris, Puf, 1983
- Le droit naturel*, in « Revue de Synthèse », 1985

- L'idéologie égalitariste et les droits de l'homme*, in « Cahiers de philosophie politique et juridique », 8, 1985
- Jusnaturalisme. Essai de définition*, in « Revue interdisciplinaire d'études juridiques », 1986
- Polémiques sur les droits de l'homme*, in « Les Études Philosophiques », 1986
- Thomas d'Aquin*, in *Dictionnaire des œuvres politiques*, Paris, Puf, 1986
- Contrat-obligation-société. Du langage juridique romain au langage juridique moderne*, in R. SCHNUR [a cura di], *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986
- Préface a I. KANT, Métaphysique des Mœurs*, Paris, Vrin, 1986
- Le droit dans les choses*, in P. AMSELEK [a cura di], *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, Puf, 1989
- Peut-on parler de droits fondamentaux?*, in G. LAFRANCE [a cura di], *Éthique et droits fondamentaux. Ethics and Basic Rights*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1989
- La théologie de Thomas d'Aquin et la formation de l'État moderne*, in *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne*, École Française de Rome, Roma, 1991

4. *Ulteriori recensioni di Michel Villey apparse nelle Archives de Philosophie du Droit* ⁽⁵⁸⁾.

- [1953-54] L. STRAUSS, *Droit naturel et histoire*; R. PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*
- [1957] H. LÉVY-BRUHL, *Aspects sociologiques du droit*
- [1959] P. PIOVANI, *Linee di una filosofia del diritto*; A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*; U. SCARPELLI, *Filosofia analitica e giurisprudenza. Il problema della definizione del diritto*
- [1960] A. VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie*; M. DUPUY, *La philosophie de Max Scheler, son évolution et son unité*; F. WIEACKER, *Gründer und Bewahrer*; J. W. GOUGH, *The Social Contract*; P. DELHAYE, *La philosophie chrétienne au Moyen Age*
- [1961] R. LABROUSSE, *Introduction à la philosophie politique*; P. DELHAYE, *Permanence du droit naturel*; L. LACHANCE, *Le droit et les droits de l'homme*; S. GAGNER, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*
- [1962] J. MARITAIN, *La philosophie morale*

⁽⁵⁸⁾ Le recensioni precedute da asterisco sono a firma di Ivon Lin (= *Nibil Novi*, in lettura capovolta), noto pseudonimo di Michel Villey.

- [1963] P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*; G. KISCH, *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit*; J. CHEVALIER, *Histoire de la pensée. 3: La pensée moderne*
- [1965] H. RAPP, *Die Bedeutung der Lehre Molinas (1535-1600) von der natura rei für die Theorie des Naturrechts*; C. PERELMAN, *Justice et Raison*
- [1966] E. FLEISCHMANN, *La philosophie politique de Kant*; W. PESCHKA, *Die existentialistische Rechtsphilosophie*; P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*
- [1967] G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto I*; U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*; R. SCHNUR, *Die Theorie der Institution und zwei anderen Aufsätze von M. Hauriou*; A. A. EHRENZWEIG, *Psycho Analytical Jurisprudence: A Common Language for Babylon*
- [1968] J. W. N. WATKINS, *Hobbes' System of Ideas*; G. GAVAZZI, *Norme primarie e norme secondarie*; R. HOFFMAN, *Logisches und Metaphysisches Rechtsverständnis. Zum Rechtsbegriff H. Kelsens*
- [1969] J. FREUND, *L'essence du politique*; P. AUBENQUE, *Le problème de l'Être chez Aristote*; P. HABERLE, *Die Wesengarantie des Artikel 19*
- [1970] H. P. SCHNEIDER, *Justitia Universalis. Quellenstudien zur Geschichte des christlichen Naturrechts bei G.W. Leibniz*; A. PHILONENKO, *Théorie et praxis dans la pensée morale et politique de Kant et Fichte*; G. MARINI, *L'opera di G. Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*; J. ELLUL, *Autopsie de la Révolution*
- [1971] G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto III*; R. LENOBLE, *Histoire de l'idée de nature*; B. VONGLIS, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*; J. P. DAWSON, *The Oracles of the Law*; J. MIEDZIANAGORA, *Philosophies positivistes du droit et droit positif*; M. et R. WEYL, *La part du droit dans la réalité et l'action*
- [1972] P. AVELLINO FOLGADO, *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo*
- [1973] *Une planche de salut pour l'histoire du droit: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*; M. A. CATTANEO, *A. Feuerbach, filosofo e giurista liberale*
- [1974] S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*
- [1975] R. BRANDT, *Eigentumstheorien von Grotius bis Kant*; * M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*; * M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*
- [1976] A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIXème siècle à nos jours*; G. CAPOZZI, *Giudizio, prova e verità. I principi della scienza nell'Analitica di Aristotele*; J. RAWLS, *A Theory of Justice*; * M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne*
- [1977] M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*
- [1978] * M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*; M. A. CATTANEO, *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII*; O.K. FLECHTENHEIM, *Hegels Strafrechtstheorie*; K.L. KUNZ, *Die analyti-*

sche Rechtstheorie; W. OTT, *Der Rechtspositivismus*; G. SPRENGER, *Naturrecht und Natur der Sache*; * M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*, 2^a ed.; G. CAPOZZI, *Introduzione alla logica come analitica della scienza e della storia*

- [1980] D. LYONS, *In the Interest of the Governed. A Study in Bentham*; W. LÖWENHAUPT, *Politischer Utilitarismus und Bürgerliches Rechtsdenken. John Austin*
 [1981] F. OLGIATI, *El concepto de juridicidad en Santo Tomas de Aquino*
 [1984] L. FERRY, *Philosophie politique. I - Le droit: la nouvelle querelle des Anciens et des Modernes*
 [1987] B. BARRET-KRIEGEL, *Les chemins de l'Etat*; A. LE BRAS-CHOPARD, *De l'égalité dans la différence*

5. Libri ed articoli su Michel Villey.

- BASTIT, M., *Un vivant aristotélicien: M. Villey*, in « Droits », 29, 1999
 BATIFFOL, H., *In memoriam Michel Villey (1914-1988)*, in « Archives de Philosophie du Droit », 1988
 BAUZON, S., *Il mestiere del giurista. Il diritto politico nella prospettiva di Michel Villey*, Milano, Giuffrè, 2001; trad. francese, *Le métier de juriste. Du droit politique selon Michel Villey*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2003
 BIGOTTE CHORO, M.E., *Michel Villey, paladino do realismo juridico clasico*, in « O Direito », 121, 1989, anche in « Persona y Derecho », 25, 1991
 BIGOTTE CHORO, M. E., *Michel Villey*, in *Logos, Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*, V, Lisboa/São Paulo, Verbo, 1992
 CAMPAGNA, N., *Die Zugenständnisse eines anti-moderner Rechtsphilosophen an die Moderne*, in « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », 1, 2001
 CAMPAGNA, N., *Michel Villey. Le droit ou les droits?*, Paris, Michalon, 2004
 CASTIGLIONE, J.C., *El derecho natural segun Michel Viiley*, in « El Derecho », 1989
 CASTIGLIONE, J.C., *Perspectivas jusfilosoficas contemporaneas: Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991
 DABIN, J., *Droit subjectif et subjectivisme juridique*, in « Archives de Philosophie du Droit », 9, 1964
 DAGORY, J., recensione di M. VILLEY, *Philosophie du droit 2* (1984²), in « Archives de Philosophie du Droit », 1985
 D'AGOSTINO, F., *Introduzione a M. VILLEY, La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, Jaca Book, 1986.
 DELSOL, C. - BAUZON, S. [a cura di], *Michel Villey. Le juste partage*, Paris, Dalloz, 2007

- DONHAUE JR., C., *Ius in the Subjective Sense in Roman Law. Reflections on Villey et Tierney*, in BIROCCHI, I. - CARAVALE, M. - CONTE, E. - PETRONIO, U., *A Ennio Cortese*, I, Roma, Il Cigno, 2001
- Dossier Michel Villey*, in « Archives de Philosophie du Droit », 50, 2007
- Dossier Michel Villey*, in « Droit et Société », 70, 2008 [in corso di stampa]
- Dossier Michel Villey*, in « Droits », 29, 1999
- FERREIRA DA CUNHA, P., *A natural natural Law: Michel Villey*, in « Vera Lex. International Journal of Natural Law and Right », 1991
- FERREIRA DA CUNHA, P., *Direito e Universidade. Do pensamento jurídico-pedagógico em Michel Villey*, in « Persona y derecho », 1992
- FREUND, J., *Michel Villey et le renouveau de la philosophie du droit*, in « Archives de Philosophie du Droit », 35, 1992
- GARDIES, J.-L., recensione a M. VILLEY, *Cours d'histoire de la philosophie du droit* (fascicolo IV), in « Archives de Philosophie du Droit », 1966
- GEOFFRY, S., *Le droit subjectif and English Law*, in « The Cambridge Law Journal », 2, 1987
- GOYARD-FABRE, S., *Critique... Vous avez dit 'critique'? Anti-criticisme et intuition post-critique*, in « Archives de Philosophie du Droit », 50, 2007
- HUSSON, L., *Droits de l'homme et droits subjectifs*, in « Archives de Philosophie du Droit », 26, 1981
- JACQUES, F., *Villey et les icônes*, in « Archives de Philosophie du Droit », 50, 2007
- KALINOWSKI, G., *Lex et Ius, à propos d'Une définition du droit de Michel Villey*, in « Archives de Philosophie du Droit », 8, 1963
- KALINOWSKI, G., recensione di M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* (1962²), in « Archives de Philosophie du Droit », 1963
- KALINOWSKI, G., recensione di M. VILLEY, *Cours d'histoire de la philosophie du droit* (fascicoli II e III), in « Archives de Philosophie du Droit », 1965; al fascicolo V, *ivi*, 1968; al volume intero, *ivi*, 1969
- KERGUNTEUIL, Y., *Réconcilier l'individualisme et les droits de l'homme: pour une lecture postcritique de Michel Villey*, Lyon, Institut des droits de l'homme, 2007
- KRIEGEL, B. - TERRÉ, F., *Préface*, in M. VILLEY, *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les Carnets*, Paris, Puf, 1995
- LEHMAN, M., *Quelles leçons peut-on tirer de l'histoire de la philosophie du droit?*, in « International Journal for the Semiotics of Law », 4, 2004
- MCINERNEY, R., *Natural Law and Human Rights*, in « The American Journal of Jurisprudence », 1991

- MELKEVIK, B., *L'influence de Villey au Québec et au Canada francophone*, in B. MELKEVIK, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Paris/Ste-Foy, L'Harmattan/Les Presses de l'Université Laval, 2000
- MELKEVIK, B., *Villey et la philosophie du droit: en lisant les Carnets*, in B. MELKEVIK, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Paris/Ste-Foy, L'Harmattan/Les Presses de l'Université Laval, 2000; trad. spagnola, *Villey y la filosofía del derecho. Leyendo Les Carnets*, in « Anuario de filosofía jurídica y social », 20, 2000
- Michel Villey, *philosophe du droit. Droit, nature, histoire*, IV Colloque de l'Association Française de Philosophie du droit, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1985
- MOREAU, P., *Penser le droit de la famille avec Michel Villey*, in « Archives de Philosophie du Droit », 50, 2007
- MOREAU, P-F., *M. Villey lecteur de Hobbes*, in « Droits », 29, 1999
- NIORT, J-E. - VANNIER, G. [a cura di], *Michel Villey et le droit naturel en question*, Paris, L'Harmattan, 1994
- NÖRR, K.W., *Zur Frage des subjektiven Rechts in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, in D. MEDICUS [a cura di], *Festschrift für Hermann Lange*, Stuttgart, Kohlhammer, 1992
- PARAMO, G. - ANTONIO, J., *Derecho, Razon Practica e Ideologia en la Obra de Michel Villey*, in « Anales de la Catedra de Francisco Suarez », 1977
- PORTAL, M., recensione di M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, in « L'Année sociologique », 1962
- RABBI-BALDI CABANILLAS, R., *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Pamplona, Eunsa, 1990
- RABBI-BALDI CABANILLAS, R., *El derecho natural en la obra de Michel Villey*, in « Anuario de filosofía jurídica y social », 20, 2000
- RABBI-BALDI CABANILLAS, R., *Michel Villey (1914-1987)*, in R. DOMINGO [a cura di], *Juristas Universales*, t. 4: *Juristas del s. XX*, Madrid, Pons, 2004
- RAPP, H., *Michel Villey on Modern Natural Law*, in « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », 1979
- REID, C., *The Canonistic Contribution to the Western Rights Tradition: An Historical Inquiry*, in « Boston College Law Review », 33, 1991
- RENOUX-ZAGAMÉ, M-F., *M. Villey et l'augustinisme: les questions des Carnets*, in « Droits », 29, 1999
- RIALS, S., *Villey et les idoles. Petite introduction à la philosophie du droit de Michel Villey*, Paris, Puf, 2000
- RIALS, S., *Présentation: Michel Villey, histoire et philosophie, histoire d'une philosophie*, in M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Puf, 2003
- SÉRIAUX, A., *Le droit naturel de Michel Villey*, in « Revue d'histoire des Facultés de droit et de science juridique », 1986

- SÈVE, R., *Michel Villey et les évolutions contemporaines du droit*, in « Archives de Philosophie du Droit », 50, 2007
- TERRÉ, F., *Préface* in S. BAUZON, *Le métier de juriste. Du droit politique selon Michel Villey*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2003; trad. in S. BAUZON, *Il mestiere del giurista. Il diritto politico nella prospettiva di Michel Villey*, Milano, Giuffrè, 2001
- TIERNEY, B., *Villey, Ockham and the Origin of Individual Rights*, in J. WITTE-E. ALEXANDER [a cura di], *The Weightier Matters of the Law: Essays on Law and Religion. A Tribute to Harold Berman*, Atlanta (Georgia), Scholar Press, 1988
- VALLANÇON, F., *Discours d'adieu au Professeur Michel Villey*, in « Fides. Direito e humanidades », 2, 1991
- VALLANÇON, F., *Una reconstrucion villeyana*, in M. AYUSO [a cura di], *El derecho natural hispanico: Pasado y presente*, Cordoba, Publicaciones Obra Social Y Cultural Cajasur, 2001
- VIGO, R.L., *La filosofia del derecho de Michel Villey*, in *Perspectivas iu-filosoficas contemporaneas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991.

La dimensione giuridica

BEATRICE PASCIUTA

PER UNA STORIA
DELLA RAPPRESENTANZA PROCESSUALE.
L'AZIONE *ALIENO NOMINE* NELLA DOTTRINA
CIVILISTICA E CANONISTICA FRA XII E XIII SECOLO

1. La costruzione di uno spazio giuridico. — 2. Genesi di un'idea: i primi *ordines* e la scienza civilistica (seconda metà del XII secolo). — 3. La formalizzazione del ruolo: da Tancredi a Durante (XIII secolo).

1. *La costruzione di uno spazio giuridico.*

Secondo Baldo il procuratore « est pars iudicii et efficitur dominus et in eum fertur sententia » e si distingue dall'avvocato che è invece « consiliarius et non pars iudicii » ⁽¹⁾.

La distinzione fra il rappresentante e l'avvocato, fondata sul diverso ruolo assunto nel processo, identifica dunque il principale nucleo della rappresentanza in giudizio: il soggetto che agisce *alieno nomine* ha un ruolo attivo e deve essere fornito di tutte le garanzie che ne assicurino legittimità poiché — per citare ancora Baldo — « iudicium debet fundari cum legitima persona » e su di lui ricadono gli effetti del giudicato. Il tecnico invece non ha un ruolo diretto, non è coinvolto negli effetti dell'azione giudiziaria, ma tuttavvia gestisce il processo e deve essere quindi sottoposto ad un rigoroso codice deontologico, oltre che ovviamente ad una meticolosa preparazione necessaria per assicurare la buona riuscita della causa per il cliente. Per la dottrina del diritto comune 'classico', dunque, gli avvocati non agiscono per conto di altri nel processo e non sono

⁽¹⁾ BALDUS, *De procuratore* in WILHELM DURANTIS, *Speculum iudiciale*, Basileae 1574, rist. an. Aalen, Scientia Verlag, 1975, vol. I, p. 228.

‘persone’ del processo: il loro ruolo è esclusivamente tecnico, consulente, tanto che essi sono da Durante accomunati ai testimoni, al notaio e all’esecutore della sentenza fra coloro « qui nec agunt nec defendunt » (2).

La definizione di Baldo può essere considerata come il punto di arrivo di un percorso definitorio che aveva impegnato la scienza giuridica sin dalla metà del XII secolo: l’attenzione verso il problema dell’agire per altri, ossia della possibilità che un soggetto potesse svolgere le funzioni proprie di un ente o di un’altra persona, si manifesta infatti già nei primi glossatori, sulla scorta della straordinaria importanza che il più generale problema della rappresentanza occupava nel pensiero politico del pieno medioevo.

La riflessione prende le mosse dalla necessità di dare risposte convincenti al problema della rappresentanza — negoziale e giudiziaria — dei *collegia* e si sposta rapidamente sul piano della rappresentanza di coloro che pur potendo agire personalmente preferiscono affidarsi ad un terzo: un punto questo apparentemente meno urgente, ma che certamente chiedeva risposte chiare in conseguenza di un quadro sociale, politico ed economico che prevedeva con frequenza crescente il ricorso alla delega e alla sostituzione, fisica e giuridica, del soggetto-attore (3).

La compilazione giustiniana conteneva, come è noto, una contraddizione di fondo fra l’orientamento del *Codex*, che ai procuratori dedicava un intero titolo (4), e il divieto *iuris antiqui* di agire mediante rappresentanza, del quale vi erano tracce più che esplicite nel Digesto (5). Ovviamente i giuristi medievali assumono concordi la posizione prevalente — quella più spiccatamente giustiniana — come l’unica esistente e su questa fondano le basi per la costruzione

(2) W. DURANTIS, *Speculum*, cit., p. 259.

(3) L. MAYALI, *Procureurs et représentation en droit canonique médiéval*, in « Mélanges de l’École Française de Rome », 114, 2002-1, p. 48.

(4) C. 2, 12.

(5) Espressamente in D. 50, 17, 123 pr. Sul problema della rappresentanza nel diritto romano si rinvia per tutti alla insuperata voce di R. ORESTANO, *Rappresentanza (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, pp. 795 ss. e alla più recente puntualizzazione di R. QUADRATO, *Rappresentanza (dir.rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, p. 417 ss.

di uno spazio giuridico del tutto nuovo. Muovendo da una iniziale esegesi ai passi giustiniani e poi integrando la disciplina con le innovazioni sostanziali derivanti dal diritto della Chiesa, la dottrina arriva a costruire il grande luogo giuridico della rappresentanza. Con l'uso sapiente e spregiudicato dei formidabili strumenti dell'interpretazione analogica e della logica sistematica, essa definisce uno spazio nuovo ed unitario nel quale il problema politico dell'azione per altri viene risolto in senso giuridico. Attraverso un procedimento di specificazioni progressive, si delineano i contorni di una nuova figura, se ne chiarisce il significato, il ruolo, gli ambiti di intervento e i limiti: per usare le parole di Paolo Cappellini, la dottrina medievale « scopre il problema della rappresentanza come tale »⁽⁶⁾.

Il punto di partenza della riflessione giuridica sulla rappresentanza è la definizione dell'identità del soggetto rappresentante e del suo rapporto con il soggetto rappresentato: è un problema generale e complessivo nel quale, almeno inizialmente, non si evidenziano differenze sostanziali tra l'aspetto negoziale e l'aspetto processuale.

Nella prima fase definitoria del problema, il maggiore sforzo di sintesi analitica viene compiuto dalle *Summae* al *Codex*, e da quella di Rogerio su tutte. In apertura della trattazione del tit. 2, 12 *De procuratoribus*, il glossatore, sistematizzando le costituzioni raccolte nella compilazione giustiniana e utilizzando alcuni spunti già emersi in fase di esegesi testuale, fornisce una interpretazione schematica e fondativa del problema della rappresentanza, che — lo vedremo — verrà seguita da tutta la scienza giuridica successiva; sua l'elaborazione della prima griglia sistematica della materia, posta come iniziale sommario alla trattazione del punto: « sumpta vero occasione ab iis procuratoribus qui dantur ad iudicium, tractat generaliter de omnibus procuratoribus, dicendo quid sit procurator, qualiter constituatur, que persone possunt constituere procuratores, et que necesse habeant constituere, quis possit constitui, in qua re constituatur, quando officium finiatur, quis sit effectus procuratio-

(6) P. CAPPELLINI, voce *Rappresentanza (dir. intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVIII, p. 442.

nis » (7). I punti di domanda costituiscono una sorta di canovaccio sul quale si articola l'interpretazione sostanziale dello stesso Rogerio e di tutti i trattatisti almeno fino a Durante. L'argomentazione di Rogerio è ovviamente fondata pressoché esclusivamente sull'analisi diretta del testo giustiniano; il suo contributo, dunque, ai fini dell'oggetto della nostra indagine, si limita alla trasposizione del dettato romanistico in termini attuali, alla formalizzazione dello 'strumentario' giuridico disponibile con lo scopo di avviare una riflessione sulla rappresentanza, evidentemente non più procrastinabile.

Fra la seconda metà del XII e la fine del XIII secolo, in coincidenza con la prepotente comparsa di una precoce produzione, e corposa e strutturata, di *ordines iudicarii* — opere tecniche, dedicate esclusivamente all'analisi dei meccanismi processuali e destinate alla pratica forense (8) — il tema della rappresentanza processuale comincia ad assumere dignità di argomento autonomo sul quale ciascun trattatista è chiamato ad esprimere la propria posizione. Gli *ordines* dunque fissano il termine *a quo* nella storia dell'idea della rappresentanza in giudizio e possono essere assunti come punto di osservazione privilegiato, in quanto, per il loro carattere e per la loro finalità eminentemente pratica,

(7) ROGERII, *Summa Codicis*, ed. a cura di G. Tamassia — G.B. Palmieri in « Bibliotheca iuridica Medii Aevii. Scripta Anecdota Glossatorum », vol. I, Bologna, Gandolfi, 1814, p. 70.

(8) Sugli *ordines iudicarii* e sulla letteratura giuridica dedicata specificamente al processo cfr. per tutti. A.M. STICKLER, *Ordines iudicarii*, in *Dictionnaire de droit canonique*, VI, Paris 1957, p. 1132 ss., successivamente riedito in *L'educazione giuridica. VI - Modelli storici della procedura continentale. II Dall'ordo iudiciarius al codice di procedura*, a cura di A. Giuliani - N. Picardi, Perugia-Napoli, E.S.I., 1994, pp. 3-19; K.W. NÖRR, *Ordo Iudiciorum und Ordo Iudiciarius*, in « *Studia Gratiana* » 11, 1967 - *Collectanea Stephan Kuttner*, I, pp. 329-343 ora edito in Id., *Iudicium est actus trium personarum. Beiträge zur Geschichte des Zivilprozessrechts in Europa*, Leinen, Keip Verlag, 1993; L. FOWLER-MAGERL, *Ordines iudicarii and Libelli de ordine iudiciorum (From the middle of the twelfth to the end of the fifteenth century)*, *Typologie des sources du Moyen Age occidental*, 63, A-III.1, Turnhout, Brepols, 1994; Ead., *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius. Begriff und Literaturgattung*, *Ius Commune. Sonderhefte*, 19, Frankfurt am Main, V. Klosterman, 1984.

essi forniscono un quadro assai puntuale del tema oggetto della nostra indagine ⁽⁹⁾.

Diventa infatti evidente, sin da subito, che una serie di problemi soltanto accennati nella più generale sede civilistica — senza differenziare nettamente l'ambito negoziale da quello processuale — trovano la loro risoluzione solo in sede processualistica, quando cioè quelle situazioni, proposte in maniera apodittica in sede contrattuale, mostrano i loro limiti, manifestano in qualche modo la loro patologia. I problemi specifici dell'azione in giudizio sono infatti certamente leggibili come naturale proseguimento di quelli più complessi legati all'idea stessa del rappresentare ⁽¹⁰⁾; tuttavia è altrettanto vero che l'ambito processuale pone, in relazione al problema della rappresentanza, alcune peculiarità risolvibili soltanto all'interno di una riflessione espressamente rivolta al processo.

Il problema principale deriva dalla necessità di puntualizzare più compiutamente i contorni e le prerogative del soggetto che agisce *alieno nomine*, di definirlo in relazione alla constatazione che si tratta di una *persona* altra rispetto alle *tres personae* che tradizionalmente costituiscono il nucleo fondante del processo — *iudex*, *actor* e *reus* — e per la quale quindi i presupposti tradizionali devono essere profondamente modificati. Le schematizzazioni fornite dai testi giustinianeî mostrano immediatamente la loro inadeguatezza a delineare l'ambito — sempre più ingombrante — in cui l'azione viene compiuta da un soggetto che 'rappresenta' appunto qualcun altro: nello spazio scenico del pro-

⁽⁹⁾ Le indicazioni desunte dagli *ordines* vanno ovviamente integrate con gli apporti della dottrina esegetica: i commentari e le glosse al *Corpus iuris*, e in particolare al titolo 2, 12 (*de procuratoribus*) e a quello 3, 1 del *Codex (de iudiciis)* e soprattutto i commenti al titolo *de procuratoribus* incluso nel I libro delle compilazioni canonistiche, con particolare riguardo al *Liber Extra*, costituiscono l'imprescindibile punto di partenza per la formalizzazione del concetto di azione *alieno nomine* e forniscono l'intelaiatura senza la quale le sistematizzazioni date dalla trattatistica non potrebbero essere colte a pieno.

⁽¹⁰⁾ H. HOFMANN, *Rappresentanza-Rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, trad. it. di C. Tommasi, Milano, Giuffrè, 2007; cfr. anche, in una prospettiva differente, C. GINZBURG, *Représentation: le mot, l'idée, la chose*, in « Annales. E.S.C. », nov.-déc. 1991, 6, pp. 1219-1234.

cesso, il ruolo del procuratore si configura come un meta-ruolo, una sorta di finzione nella finzione, che, per poter essere efficace, deve superare il limite oggettivo imposto dalla semplice constatazione della realtà sensibile.

E se il processo è « *actus trium personarum* », allora è necessario che la dottrina elabori un ragionamento forte e inattaccabile per annullare l'evidente incongruenza fra i soggetti fisicamente agenti e gli attori fisicamente assenti; il luogo della rappresentazione diventa allora luogo della rappresentanza, spazio ideale e concreto allo stesso tempo, in cui la fisicità viene progressivamente sostituita dalla giuridicità.

2. *Genesi di un'idea: i primi ordines e la scienza civilistica (seconda metà del XII secolo).*

Analizzando i passi dedicati specificamente alla rappresentanza giudiziale, sia nelle glosse che nei trattati, si ha la chiara percezione che qui più che altrove la dottrina affronti il tema non come un nodo problematico da sciogliere ma piuttosto come un ambito nuovo che necessita di progressivi chiarimenti. E sta forse in questa necessità definitoria la ragione del fatto che, nonostante la sua complessità, la trattazione dell'argomento venga affrontata dalla dottrina nel senso di un disvelamento crescente che, almeno a prima vista, non presenta nuclei problematici evidenti né di particolare rilevanza: i dubbi sono pochi e appaiono soltanto — e sporadicamente — tra le righe.

Il ruolo, come detto, si delinea progressivamente; e il punto di partenza va cercato ripercorrendo analiticamente la trattatistica processuale.

Nelle prime opere dedicate al giudizio, il tema dell'azione *alieno nomine* viene ignorato, in ossequio, evidentemente, ad una adesione assai puntuale alle linee più manifeste della tradizione romanistica e ad una interpretazione piuttosto circoscritta degli spunti derivanti dal primo diritto canonico.

Nella Lettera di Bulgaro ad Aimerico — databile all'incirca al 1140 e considerata, seppure con qualche condivisibile riserva, la

prima trattazione specifica sul processo ⁽¹¹⁾ — i soggetti che possono agire in giudizio sono soltanto l'*actor* e il *reus*. Gli unici elementi 'esterni' che partecipano al giudizio sono gli avvocati, il cui compito è tradizionalmente circoscritto al prestare *auxilium* e a perorare le cause dei loro assistiti ⁽¹²⁾.

E ancora, nella cosiddetta *Rethorica ecclesiastica* — l'*ordo* « Tam novi quam veteris », prodotto in Germania prima del 1161 e destinato prevalentemente all'istruzione scolastica ⁽¹³⁾ — sulla scorta del *Decretum* di Graziano ⁽¹⁴⁾, si afferma che l'*ordo iudiciarius* esige che sia fisicamente presente « tam qui inpetit tam qui inpetitur » ⁽¹⁵⁾ e che in caso di assenza di una delle parti *rationabili causa*, il giudice potrà, se lo ritiene, rinviare l'emanazione della sentenza in virtù del principio « nemo absens iudicetur », già richiamato da Graziano (C. 3, q. 9, c. 13).

Ma proprio a partire dagli ultimi decenni del XII secolo, la scienza giuridica comincia a considerare la possibilità di riunire i molteplici spunti che fino a quel momento erano emersi soltanto a livello di esegesi dei testi giustinianei, in una *sedes* dedicata esclusivamente alla figura del terzo, di colui che interviene nel giudizio *alieno nomine*.

Emblematico di questo nuovo atteggiamento — di questa nuova consapevolezza, potremmo dire — è l'*ordo* « Olim », composto da Ottone da Pavia fra gli anni '70 e gli anni '80 del XII seco-

⁽¹¹⁾ *Excerpta legum edita a Bulgarino causidico*, ed. L. WAHRMUND, *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Prozesse im Mittelalter*, IV.I, Innsbruck, Universitäts-Verlag Wagner, 1925; su questa opera, già edita da A. WUNDERLICH, *Anecdota quae ad processum civilem spectant*, Gottingae, Vandenoecht — Ruprecht, 1841, pp. 13-26, cfr. L. FOWLER-MAGERL, *Ordines iudicarii*, cit., p. 24 ss.

⁽¹²⁾ « Advocati sunt qui et patroni dicuntur, qui ingrediuntur iudicium utrique parti suum praestantes auxilium, quorum est officium, causas perorare, quousque voverint » *Excerpta legum*, cit., p. 2.

⁽¹³⁾ *Die Rethorica Ecclesiastica*, ed. L. WAHRMUND, *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Prozesse im Mittelalter*, IV.I, Innsbruck, Verlag der Wagner'schen Universitäts-Buchandlung, 1906, I.IV; su questo trattato cfr. FOWLER-MAGERL, *Ordines iudicarii*, cit., p. 84.

⁽¹⁴⁾ *Decr. Grat.*, C. 3, q. 9, in particolare c. 2 e c. 13.

⁽¹⁵⁾ *Die Rethorica Ecclesiastica*, cit., p. 55.

lo ⁽¹⁶⁾. Qui, a differenza delle opere che lo avevano preceduto seppure di pochi anni, il tema della rappresentanza processuale volontaria è analizzato in maniera estesa, sulla scorta delle fonti romanistiche e della dottrina dei primi glossatori.

La griglia argomentativa utilizzata dall'allievo del Piacentino muove dallo schema proposto dalla dottrina come generale commento al tit. 2, 12 del *Codex* giustiniano ma la sua interpretazione — estensiva ed analogica — approda a risultati del tutto originali e pone i fondamenti di una nuova teoria della rappresentanza processuale ⁽¹⁷⁾.

Il punto di maggiore novità riguarda la posizione del procuratore in relazione agli effetti del giudicato, ossia la risposta al quesito « quis sit effectus procurationis », già avanzato, in sede di argomentazione generale, da Rogerio nella *Summa Codicis* ⁽¹⁸⁾. Innanzitutto Ottone afferma che in caso di appello avverso una condanna subita in primo grado dal procuratore, dovrà essere convenuto non il procuratore stesso *directe* ma il *dominus utiliter* ⁽¹⁹⁾; e ciò in considerazione della circostanza, già avanzata in sede generale sulla scorta di D. 3, 3, 27 ⁽²⁰⁾, che solo il procuratore, che è *dominus litis*, può esercitare una *actio directa*, mentre il *dominus* deve limitarsi ad esperire esclusivamente una *actio utilis*. La prosecuzione del ragionamento si distacca tuttavia sia dal dettato giustiniano che dalla

⁽¹⁶⁾ OTHONIS PAPIENSIS, *Ordo iudiciarius qui dicitur « Olim »*, Moguntiae 1536, rist. an. a cura di M. Viora, *Corpus Glossatorum juris civilis*, IV.2, Torino, Officina Ermiana, 1967. In alcuni manoscritti l'opera si trova inglobata nel compendio *Propositum presentis operis* e in questa veste era stata attribuita a Giovanni Bassiano ed edita in IOHANNIS BASSIANI, *Libellus de ordine iudiciorum*, ed. a cura di G. Tamassia - G.B. Palmieri in « Bibliotheca iuridica Medii Aevii. Scripta Anecdota Glossatorum », vol. II, Bologna, Virano, 1892, pp. 229-248, §§ 218-686. Sul manoscritto utilizzato da Tamassia e Palmieri e sulle opere ivi contenute cfr. FOWLER-MAGERL, *Ordines iudicarii*, cit., pp. 76-77; sui dubbi circa l'attribuzione dell'*ordo* a Ottone da Pavia cfr. inoltre E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale. II Il basso medioevo*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1995, p. 130 e ivi nota 73.

⁽¹⁷⁾ Le maggiori analogie sono riscontrabili con lo schema di Rogerio, per il quale cfr. *supra*, nota 7.

⁽¹⁸⁾ ROGERII, *Summa Codicis*, cit., p. 70 § 1.

⁽¹⁹⁾ OTHONIS PAPIENSIS, *Ordo iudiciarius*, cit., p. 136.

⁽²⁰⁾ Cfr. ROGERII, *Summa Codicis*, cit., p. 72 § 10.

civilistica coeva o di poco precedente e conduce Ottone ad affermare esplicitamente che il *dominus* che agisce a mezzo di procuratore non deve essere condannato, poiché la condanna ricade sul *dominus litis* e quindi, nel caso di azione *alieno nomine*, sul procuratore: « ex his ergo patet quod dominus per procuratorem litigans non est condemnandus, sed procurator » (21).

I principali nuclei problematici sui quali la dottrina si era interrogata in relazione alla rappresentanza processuale — la validità del mandato ai fini dell'ammissione del procuratore in giudizio e la possibilità che un ente possa essere rappresentato in giudizio dal suo rappresentante generale — venivano invece affrontati, con originale autorevolezza, da Giovanni Bassiano nella sua opera *Propositum presentis operis* composta fra il 1167 e il 1181 (22).

La validità del titolo a stare in giudizio a nome di un altro — e quindi le condizioni di ammissibilità di un soggetto come rappresentante — è ovviamente il primo nodo da sciogliere: secondo il dettato giustiniano (C. 2, 13, 12) colui che presentandosi in giudizio per conto di un altro venga scoperto privo di uno specifico mandato ad agire deve essere rigettato come falso procuratore, tranne che non agisca *pro coniuncta persona*; in questo caso potrà essere ammesso a condizione che presti *cautionem de rato* e che non venga prodotto in giudizio un mandato contrario (D. 3, 3, 13).

Il primo problema, presentato come di consueto come un semplice chiarimento del testo, viene sollevato da Bulgaro, il quale — secondo quanto riportato dallo stesso Bassiano — afferma che, in caso di dubbio sulla validità o sull'esistenza stessa del mandato, si possono verificare due possibilità: se la parte avversaria rifiuta esplicitamente di riconoscere l'altro come procuratore, a questi spetta l'onere di dimostrare l'autenticità del suo ruolo, diversamente non verrà ammesso in giudizio; se l'avversario invece dubita soltanto, allora il presunto procuratore dovrà prestare fideiussione *de rato* e potrà essere ammesso in giudizio (23). Diversa la posizione del Pia-

(21) OTHONIS PAPIENSIS, *Ordo iudiciarius*, cit., p. 136.

(22) IOHANNIS BASSIANI, *Libellus de ordine iudiciorum*, cit., pp. 213-223 §§ 1-114; su quest'opera cfr. Fowler-Magerl, *Ordines iudicarii*, cit., pp. 76-77; pp. 106-107.

(23) IOHANNIS BASSIANI, *Libellus de ordine iudiciorum*, cit., p. 218 §§ 47-48.

centino il quale lascia sempre all'avversario che dubiti della validità del mandato di procura della controparte, la possibilità di scegliere se questa dovrà dimostrare l'esistenza e la veridicità del mandato o se dovrà *cavere de rato* (24). L'opinione di Giovanni Bassiano differisce radicalmente dalle due esposte; egli ritiene infatti che la scelta spetti soltanto al procuratore, il quale potrà decidere se provare l'esistenza e la congruità del mandato o se prestare cauzione *de rato*. E ciò in considerazione del fatto che l'unica garanzia che il procuratore dell'attore è tenuto a fornire riguarda il *defendere* e quindi, nel caso in cui sarà provata l'esistenza di un mandato diventerà superflua la pretesa di esigere una cauzione *de rato*. Se tuttavia verrà dimostrato con certezza che il soggetto pretende di agire senza mandato, allora non dovrà essere ammesso neanche con la cauzione, a meno che non sia *coniuncta persona* (25).

L'altro punto controverso sul quale Bassiano manifesta una divergenza rispetto all'opinione corrente riguarda la rappresentanza degli enti collettivi; la considerazione, apparentemente marginale, è in realtà di rilevanza tale da costituire un punto fermo anche nelle successive trattazioni, poiché per la prima volta viene esplicitamente palesato il legame inscindibile fra azione in giudizio e amministrazione generale. Interpretando estensivamente il dettato giustiniano, Bassiano afferma che il rappresentante di un ente può agire o essere convenuto nelle cause che riguardano l'ente rappresentato, anche in assenza di un mandato specifico, poiché egli è comunque il soggetto abilitato *de iure* a compiere ogni azione, sia negoziale che giudiziaria: corollario di questa affermazione è che se coloro che *ex officio* devono *defendere*, non assolvono il loro compito in maniera adeguata allora dovranno essere esclusi sia *ab agendo* che *ab administratione* (26).

La posizione espressa da Giovanni Bassiano circa l'idoneità dei rappresentanti degli enti collettivi ad agire in giudizio senza ulteriori atti volti a legittimarne l'azione veniva ripresa pochi decenni

(24) Ivi, § 48.

(25) Ivi, § 49.

(26) Ivi, § 50; il riferimento è a C. 1, 2, 14 pr. dove in realtà si dispone di amministrazione in sede negoziale.

avanti nel celeberrimo *ordo* « Invocato Christi nomine », composto in Italia poco dopo il 1198, tradizionalmente attribuito a Pillio, anche se più probabilmente redatto da uno dei suoi allievi (27).

Qui il tema della rappresentanza giudiziale degli enti collettivi è affrontato sulla scorta delle differenti posizioni dottrinarie e si manifesta come un nodo cruciale, di difficile e controversa soluzione. Il luogo della trattazione è collocato nella parte relativa ai soggetti che devono e possono prestare giuramento *de calumpnia*. Innanzitutto, ovviamente, le *principales personae* — l'« actor qui petit » e il « reus qui convenitur », che qui vengono identificate come soggetti che agiscono a proprio nome — « qui petit, dico, suo nomine et qui convenitur suo nomine similiter » (28); segue l'elenco dei soggetti che possono giurare al posto di altri: il tutore, il curatore, il padre nella causa del figlio minore, il vescovo e i religiosi nelle cause delle loro chiese, il sindaco eletto dal suo collegio, l'economista, l'attore o sindaco costituito dal vescovo nelle cause dell'episcopato. E ancora l'attore o sindaco costituito da una *universitas*. La motivazione giuridica per la quale a costoro è consentito giurare — e quindi agire in giudizio a nome altrui — è che essi *legitimam gerunt administrationem* (29).

In aperta opposizione alla tesi del Piacentino, il quale aveva affermato che nelle cause riguardanti un ente collettivo non fosse sufficiente il giuramento dei difensori, prelati e sindaci, ma occorresse l'intervento diretto dell'*universitas* o della *maior pars* (30), qui

(27) *Der Ordo "Invocato Christi nomine"*, ed. L. WAHRMUND, *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Processes im Mittelalter*, VI, Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1931. La storiografia più recente propende per attribuirne la redazione ad un allievo di Pillio, Bencivenne, giudice a Siena. Tuttavia è indubbio che l'opera sia nata dalla mente del maestro, al quale peraltro era attribuita sin dalla letteratura più risalente; sul problema della paternità dell'*ordo* cfr. L. WAHRMUND, *Einleitung* in *Der Ordo "Invocato Christi nomine"*, cit., p. XIX ss.; FOWLER MAGERL, *Ordines iudicarii*, cit., pp. 111-112; CORTESE, *Il diritto*, cit., pp. 131-132, ai quali si rinvia anche per ulteriori e più approfondite indicazioni bibliografiche.

(28) *Der Ordo "Invocato Christi nomine"*, cit., p. 79.

(29) Ivi, pp. 79-80.

(30) PLACENTINI, *Summa Codicis*, c.II.58: "Quid ergo, si casua civitatis vel vici, vel monasterii agatur? Numquid oeonomi vel archipresbyteri vel decani sacramentum

si ribadiva che i rappresentanti, per il fatto stesso di essere stati eletti, impersonano già la *maior pars* dell'*universitas* e quindi il loro giuramento vale e impegna l'intero collegio che li ha scelti ⁽³¹⁾: il giuramento quindi diventa il luogo dove si materializza una sostanziale equiparazione fra coloro che agiscono a nome proprio e coloro che amministrano per conto di altri e che hanno dunque la *plena potestas* ⁽³²⁾.

Gli esempi di Giovanni Bassiano e di Pillio testimoniano inequivocabilmente come nel passaggio tra XII e XIII secolo e in quello cruciale da Bologna agli altri centri di elaborazione del pensiero giuridico — italiani e d'oltralpe — la scienza giuridica civilistica cominci ad enucleare una problematica specifica relativa alla rappresentanza in sede processuale, che evidenzia anche un distacco interpretativo rispetto alla tradizionale traccia del diritto giustiniano.

3. *La formalizzazione del ruolo: da Tancredi a Durante (XIII secolo).*

Ma a questo punto il testimone sembra passare decisamente al mondo del diritto canonico e della canonistica. È fin troppo chiaro che il problema dell'azione in giudizio *alieno nomine* costituisce la manifestazione, in campo processuale, della riflessione generale che la dottrina politica e teologica aveva posto a base della costruzione della Chiesa occidentale sin dalla metà dell'XI secolo. Gli apporti della teologia da un canto e delle tecniche giuridiche di matrice romanistica dall'altro avevano fornito l'intelaiatura per lo sviluppo compiuto del principio della rappresentanza, a ragione definito la chiave di volta dell'edificio giuridico e politico della chiesa medie-

sufficit? Minime, immo vel universitatis vel pars maior vel idoneior iurabit" il passo è citato in *Der Ordo "Invocato Christi nomine"*, cit., p. 80 nt. a.

⁽³¹⁾ *Der Ordo "Invocato Christi nomine"*, cit., p. 80.

⁽³²⁾ G. POST, *Plena potestas and consent in medieval assemblies. A study in romano-canonical procedure and the rise of representation, 1150-1325*, in Id., *Studies in Medieval Legal Thought. Public Law and State 1100-1322*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1964, p. 97.

vale⁽³³⁾; un edificio che fondava la sua stessa esistenza sull'idea dell'azione *alieno nomine*, presentandosi il pontefice come Vicario di Cristo e la Chiesa come corpo mistico⁽³⁴⁾.

Sin dalla seconda metà del XII secolo il generale problema dell'azione per conto di altri era stato al centro degli interessi della dottrina canonistica⁽³⁵⁾; un interesse al quale faceva da contrappunto, a partire dagli stessi anni, una consistente produzione normativa volta a disciplinare specifici aspetti della problematica. Un percorso parallelo, quello fra dottrina e normazione pontificia, che sarebbe approdato agli inizi del Duecento all'assegnazione definitiva di un luogo stabile nei trattati e nelle compilazioni canonistiche dedicato al tema della rappresentanza.

Per quanto riguarda l'*iter* normativo leggibile attraverso le raccolte di Decretali, un titolo *De procuratoribus* compariva per la prima volta nella *Compilatio Secunda* (1, 18)⁽³⁶⁾: ma occorre chiarire che esso costituisce un *unicum* nelle raccolte di decretali anteriori a quella gregoriana, quasi a testimoniare di un precoce ma ancora embrionale interesse del diritto positivo nei confronti del problema⁽³⁷⁾. Di ben altro spessore il titolo *De procuratoribus* della compilazione gregoriana (X 1, 38). Composto da 15 decretali, tutte, ad eccezione della prima⁽³⁸⁾, comprese fra il 1159 e il 1234, il titolo disciplinava esclusivamente il ruolo del procuratore in rela-

⁽³³⁾ MAYALI, *Procureurs er représentation*, cit., p. 41. Sul tema della rappresentanza e della 'entificazione' della Chiesa cfr. per tutti HOFMANN, *Rappresentanza-Rappresentazione*, cit., p. 136 ss.

⁽³⁴⁾ E. H. KANTOROWICZ, *I due corpi del re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, trad. it. di G. Rizzoni, Torino, Einaudi, 1989, p. 167 ss.

⁽³⁵⁾ A. PADOA SCHIOPPA, *Sul principio della rappresentanza diretta nel diritto canonico classico*, in « Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law. Toronto, 21-25 August 1972 » (Monumenta Iuris Canonici. Series C: Subsidia, vol. 5), Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1976, pp. 108-131.

⁽³⁶⁾ *Quinque compilationes antiquae nec non collectio canonum lipsiensis*, ed. AE. FRIEDBERG, Leipzig, 1882, rist. an. Graz, Akademische Druck-U. Verlagsanstalt, 1956, p. 71. Sulla raccolta, composta fra il 1210 e il 1215, cfr. ivi, *Prolegomena*, pp. XXVI-XXVII.

⁽³⁷⁾ Il titolo I 18 è infatti composto da tre decretali, una di Alessandro III e due di Clemente III, delle quali due — la prima e la terza — verranno inserite nel *Liber Extra* (X 1, 38, 2 e X 1, 38, 3).

⁽³⁸⁾ La decretale *Alia quidem* di Gregorio Magno del 602 (X 1, 38, 1).

zione al processo; il legame fra rappresentanza e riti giudiziari sembra ulteriormente ribadito dalla collocazione del titolo sui procuratori, preceduto da un titolo *de postulando* e seguito da uno dedicato specificamente al *syndicus*; in tale modo, sulla scorta di una suggestione giustiniana, si materializzava, nella *sedes materiae* dedicata al *iudex*, uno spazio fisso dedicato al disciplinamento degli innumerevoli specifici problemi che la prassi giudiziaria poneva in relazione alle cause che vedevano coinvolti enti ecclesiastici o rappresentanti del clero.

L'ampiezza del titolo e la sua omogeneità cronologica e contenutistica erano la conseguenza — potremmo dire la materializzazione normativa — di un problema di più ampio respiro, un problema politico, come detto, ma anche specificamente giuridico verso il quale lo stesso Gregorio IX, autore di ben sei delle quindici decretali qui inserite ⁽³⁹⁾, mostrava concretamente il proprio interesse.

La scelta compiuta dal compilatore risentiva indubbiamente dello scambio costante e intenso con la dottrina canonistica, la quale sin dai primi anni del Duecento, in sintonia con la normazione pontificia, aveva inserito organicamente la figura di colui che agisce *alieno nomine* all'interno della nuova costruzione del processo romano-canonico.

Nell'ambito specifico del diritto canonico, l'attività esegetica sulle raccolte di Decretali e la trattatistica processuale rappresentano i due poli intorno ai quali si sviluppano gli aspetti salienti della problematica connessa alla rappresentanza. Dalla fusione fra indirizzi generali — solitamente inseriti nei commentari alle Decretali — e schematizzazioni minuziose, collocate all'interno degli *ordines iudicarii*, i canonisti rifondano il problema e creano un ambito giuridico originale; una 'creazione' che ovviamente non viene mai presentata come tale, ma che piuttosto poggia il suo argomentare su una tradizione fatta di fonti giuridiche e di relative interpretazioni, che vengono utilizzate, come di consueto, per approdare ad esiti totalmente nuovi.

Per quanto riguarda l'indirizzo generale, la *sedes materie* per la

⁽³⁹⁾ X 1, 38, 10-15.

definizione del concetto è costituita dalle *Summae* e dai *Commentarii* al citato titolo 1, 38 del *Liber Extra*, dedicato ai procuratori e al loro ruolo nel processo. L'atteggiamento di fondo è, come di consueto, improntato al pragmatismo, alla prevalenza cioè dell'intenzione sulla forma.

È questo il registro interpretativo utilizzato, ad esempio, nell'analisi del problema delle modalità di costituzione del procuratore, un argomento che era stato da sempre posto come fondamentale, in quanto al vizio di formazione del mandato si faceva corrispondere, come conseguenza, la nullità dell'azione e quindi di tutti gli atti eventualmente compiuti dal falso procuratore. Assolutamente paradigmatico del nuovo atteggiamento dei canonisti, il celeberrimo luogo della *Summa Aurea* in cui l'Ostiense afferma che secondo il diritto canonico la forza dell'azione non è nel suo nome — « secundum iura nostra planum est quia non facimus vim in nominibus » — cioè nella forma con cui la volontà si esprime, ma piuttosto risiede « in mente constituentis », al punto che la costituzione del rappresentante è da ritenersi valida « sive dicatur procurator, sive syndicus, sive oconomus, sive asinus, sive etiam nullo nomen exprimatur »⁽⁴⁰⁾: una provocazione, assai felice, che sintetizza l'atteggiamento di fondo della canonistica e che, ovviamente, non risparmia il problema specifico della rappresentanza. Lo stesso Enrico da Susa, nel definire cosa sia un procuratore partiva dalla tradizione giustiniana « is qui negotium mandatum domini gratuito administrat » per aggiungere immediatamente che questa definizione è sostanzialmente fuorviante ed errata: « Qua descriptio magnam calumpniam recipit »⁽⁴¹⁾.

Le obiezioni che vengono avanzate dall'Ostiense riguardano essenzialmente due punti; innanzitutto la definizione giustiniana si riferisce soltanto ad un *dominus*, ossia ad un singolo soggetto che costituisce, attraverso un mandato, il proprio procuratore; questo esclude dunque gli enti collettivi, i quali tuttavia — e questo è un punto incontestabile — agiscono sempre a mezzo di procuratore.

⁽⁴⁰⁾ H. DE SEGUSIO CARDINALIS HOSTIENSIS, *Summa Aurea*, Venetiis 1574, col. 385; cfr. MAYALI, *Procureurs et représentation*, cit., pp. 46-47.

⁽⁴¹⁾ HOSTIENSIS, *Summa Aurea*, cit., col. 385.

Occorre dunque definire in maniera chiara la distinzione fra *procuratores ad iudicia* e *procuratores ad negocia*, differenza che, secondo l'Ostiense, risiede proprio nella possibilità del procuratore *ad negocia* di costituire un procuratore *ad iudicia* e questo rende possibile e legittimo che i *collegia* agiscano *per procuratorem* e non soltanto *per syndicum* o *per actorem*.

L'altro punto in cui l'Ostiense riscontra l'inadeguatezza della definizione giustiniana riguarda la gratuità del mandato: secondo il dettato giustiniano la procura deve essere accettata gratuitamente, diversamente si configura una *locatio operarum*; il canonista precisa tuttavia che la gratuità riguarda l'accettazione del mandato ma che non vi può essere alcuna contrarietà, né tantomeno motivo di nullità, se il *dominus* vorrà dare qualcosa al suo procuratore « remunerandi laboris causa »: questa circostanza non modificherà in alcun modo l'intenzione iniziale, « nihilominus erit mandati actio »⁽⁴²⁾. La confutazione puntuale e inattaccabile della definizione giustiniana conduce l'Ostiense a proporre una nuova e più efficace definizione del procuratore: « ergo secundum nos melius et convenientius potest describi sic: procurator est qui negotium gerendum suscipit ab eo qui potest mandare »⁽⁴³⁾. L'accento dunque viene decisamente spostato sulla sostanza dell'azione, nonostante lo stesso Enrico tenga a precisare che sul punto l'opinione dei civilisti non è del tutto concorde⁽⁴⁴⁾.

Il problema della distinzione netta fra procuratore *ad negocia* e procuratore *ad iudicia* era ovviamente argomento che stava particolarmente a cuore alla canonistica. L'Ostiense ribadiva più volte che il vescovo è procuratore *ad negocia*: questa condizione lo abilita a costituire un procuratore che agisca per suo conto in giudizio⁽⁴⁵⁾; la precisazione, dunque, che l'agire per conto di altri si configuri in maniera totalmente differente, a seconda che si tratti di *negocium* o

(42) Ivi, col. 386.

(43) *Ibidem*.

(44) *Ibidem*; in particolare, l'opinione dell'Ostiense trova conforto in Iacopo de Belvisi, ma non in Azone e su di lui Goffredo.

(45) « Ex hoc patet quare episcopus potest constituere procuratorem: quia ipse est procurator ad negocia » ivi, col. 386.

di *iudicium*, è funzionale alla possibilità stessa dell'azione degli enti immateriali.

Il nuovo spazio giuridico che l'interpretazione dei testi giustiniani fornita dalla scienza civilistica aveva ormai assegnato alle figure in grado di agire per altri sembrava avere paradossalmente perso di vista l'ambito rappresentativo per antonomasia, quello appunto degli enti ecclesiastici. Non si poteva dunque tacere e accontentarsi di quanto già consolidato: i problemi che la prassi giudiziaria sollevava continuamente sulla scorta dell'idea 'civilistica' della rappresentanza richiedevano soluzioni diverse, che potevano provenire soltanto da una nuova interpretazione di quelle stesse fonti, una interpretazione che utilizzava gli strumenti ermeneutici della civilistica con gli occhiali pragmatici della canonistica.

La distinzione tra il procuratore, tecnicamente inteso come rappresentante di una singola persona, e il rappresentante degli enti viene precisata dall'Ostiense in base alla premessa, ulteriormente ribadita, che nonostante secondo il diritto canonico « non est vis facienda in nominibus dummodo constet de mente », tuttavia « leges faciunt differentiam inter procuratorem, syndicum, actorem atque oeconomum »⁽⁴⁶⁾ e pertanto va fatta una distinzione fra le diverse tipologie di enti e fra le diverse figure dei loro rappresentanti: questa la motivazione che lo spinge a dedicare *ex professo* una rubrica al *syndicus*, scelta appunto come *sedes* per definire la complessa materia dell'azione degli enti collettivi⁽⁴⁷⁾. Secondo quanto consolidato in dottrina, la differenza tra colui che agisce per conto di un singolo e colui che rappresenta un ente collettivo risiede tautologicamente nel mandato — fatto da uno solo nel primo caso e fatto da più individui nel secondo —, nel giuramento *de calumpnia* — richiesto al rappresentante di un ente collettivo e non al procuratore —, e nella *satisfactio*, richiesta esclusivamente al procuratore⁽⁴⁸⁾. Ma queste differenze sembrano accolte dall'Ostiense più come un dovere nei confronti del dibattito precedente che come punti sostanzialmente rilevanti; non a caso il fastidio per le sotti-

⁽⁴⁶⁾ Ivi, col. 398.

⁽⁴⁷⁾ Ivi, coll. 397-402.

⁽⁴⁸⁾ Ivi, col. 400.

gliezze formali, per le precisazioni derivanti da una eccessiva preoccupazione definitoria e da estenuanti distinzioni, emerge anche in questa sede, quando, a proposito del giuramento *de calumpnia* e della diversità di posizioni della dottrina relativamente a questa fase del giudizio, egli ribadisce l'opportunità che i rappresentanti in giudizio giurino, senza alcuna distinzione specifica, e motiva la propria presa di posizione con la solita inequivocabile chiarezza: « *est ratio quia non est vis in nominibus* »⁽⁴⁹⁾.

L'impianto dato dall'Ostiense alla materia della rappresentanza, la base definitoria dalla quale muovono le sue obiezioni e anche il suo atteggiamento polemicamente semplificatorio rivelano tuttavia un debito assai più consistente rispetto a quanto dallo stesso dichiarato nei confronti della trattatistica processuale di quegli anni; negli *ordines iudicarii* — che dagli inizi del secolo erano divenuti appannaggio pressoché esclusivo della canonistica — il problema della rappresentanza era infatti articolato su un impianto complesso ed estremamente puntuale, che sembrava privilegiare le necessità sistematizzanti e definitorie rispetto alle prese di posizione teoriche e 'politiche'. Un impianto e una impostazione contenutistica che l'Ostiense utilizza pienamente ma senza dichiararne mai la provenienza, quasi a voler sottolineare il carattere eminentemente pratico — e quindi in qualche misura secondario, tecnico — di quelle opere rispetto alle grandi idee della dottrina giuridica bolognese dell'esegesi e delle *summae*, da lui continuamente richiamate⁽⁵⁰⁾.

In altri termini, pur muovendosi su un terreno comune — quello tipico del pragmatismo — i canonisti rivelano, in relazione al tipo di genere letterario prescelto, diversi atteggiamenti: gli esegeti indicano i parametri generali servendosi di brevi ed icastiche definizioni giuridiche; i trattatisti, in osservanza a quanto richiesto dal carattere eminentemente tecnico del loro genere letterario, forniscono un quadro il più possibile esaustivo, in grado di risolvere

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁰⁾ Fra le *auctoritates* che egli invoca più frequentemente, sia per aderirvi che per confutarle, Iacopo Balduini, suo maestro a Bologna, Azone, Guglielmo Naso. Sulla cultura giuridica dell'Ostiense cfr. per tutti G. LE BRAS, *Théologie et droit romain dans l'oeuvre d'Henri de Suse*, in « *Etudes historiques à la mémoire de Noël Didier* », Grenoble, Montchrestien, 1960, pp. 195-204.

problemi pratici che appunto si pongono frequenti in sede processuale.

Occorre pertanto fare un passo indietro e rivolgere l'attenzione specificamente agli *ordines* prodotti da canonisti a partire dagli ultimi anni del XIII secolo.

La formalizzazione del ruolo del procuratore nel processo comincia a manifestarsi con evidenza di luogo autonomo nell'*ordo* « Editio sine scriptis » composto in Inghilterra o nella Francia meridionale da Riccardo Anglico, intorno al 1190 ⁽⁵¹⁾. L'opera nella quale, probabilmente per la prima volta, la materia processuale veniva articolata in una griglia manifesta, scandita in titoli, dedicava alcuni paragrafi alla definizione delle competenze e del ruolo dei procuratori.

Innanzitutto sotto il titolo *De procuratoribus* l'autore si occupava del problema, già affrontato dalla dottrina precedente, del possesso o meno del mandato e del titolo gratuito della procura ⁽⁵²⁾. I successivi paragrafi erano dedicati alle caratteristiche del procuratore ⁽⁵³⁾, alla *satisfactio* ⁽⁵⁴⁾ e al procuratore dell'attore ⁽⁵⁵⁾. La materia dell'azione a mezzo di rappresentante era affrontata da Riccardo Anglico senza particolari concessioni al dibattito dottrinale nè tantomeno ad intenti sistematizzanti o in alcun modo didascalici. La brevità con la quale, ad esempio, veniva liquidato il punto fondamentale della definizione delle qualità necessarie per una procura valida ⁽⁵⁶⁾, contrastava palesemente con la descrizione dettagliata della *satisfactio*; inoltre tutto l'argomento era suffragato esclusivamente da citazioni di matrice romanistica, pur essendo egli un canonista e pur ricorrendo in altre parti del suo trattato al di-

⁽⁵¹⁾ L'edizione più recente è *Die Summa de ordine iudiciario des Ricardus Anglicus*, ed. L. WAHRMUND, *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Processes im Mittelalter*, II,III, Innsbruck, Wagner'schen K.K. Universitäts buchhandlung, 1915.

⁽⁵²⁾ Ivi, cap. XVIII, pp. 19-22.

⁽⁵³⁾ Ivi, cap. XIX « Qualiter debeat esse procurator », pp. 22-23.

⁽⁵⁴⁾ Ivi, cap. XX, pp. 23-26.

⁽⁵⁵⁾ Ivi, cap. XXI, pp. 26-27.

⁽⁵⁶⁾ « Qualiter esse debeat procurator breviter videamus »; secondo Riccardo le caratteristiche del procuratore sono: la buona fama, l'età (maggiore di 25 anni), il sesso (maschio), la facoltà di *idonee cavere*, la facoltà di poter dare idonea fideiussione.

ritto canonico. In altre parole, il carattere spiccatamente pratico del trattato sembrava prevalere, almeno in relazione al problema della rappresentanza, sulle preoccupazioni teoriche e dottrinali e orientava le soluzioni in senso di apodittiche risposte a quesiti specifici evidentemente riscontrati dall'autore nella prassi.

Di tutt'altro spessore l'*ordo* « *Assiduis postulationibus* » composto da Tancredi intorno al 1216⁽⁵⁷⁾. Pur dichiarando esplicitamente il suo debito verso Riccardo Anglico per la struttura dell'opera, per la divisione in paragrafi e capitoli e per l'uso congiunto di canoni e *leges*, tuttavia l'*ordo* di Tancredi per lo spessore dottrinale e per l'impianto sistematico, per molti aspetti fondativo, appare certamente più legato all'altra *auctoritas* invocata nel proemio, Pillio; della sua sapienza e dottrina Tancredi si dichiara imitatore e afferma di utilizzarne la generale impostazione della trattazione *ad modum summae* oltre ai casi specifici in cui anche nel foro ecclesiastico devono essere applicate le norme di *ius civile*⁽⁵⁸⁾.

Tancredi, al quale si deve anche la *Compilatio quinta*⁽⁵⁹⁾, fornisce una trattazione schematica e definitoria delle fasi del processo, organizzata in titoli preceduti da rubriche, che rendono immediatamente fruibile la griglia organizzativa seguita dall'autore nella sua esposizione, e nello specifico sui modi della rappresentanza, che verrà seguita puntualmente da tutti i successivi *ordines* duecenteschi, incluso lo *Speculum* di Durante.

Dopo aver descritto nel dettaglio il ruolo del giudice e le caratteristiche delle *principales personae* — attore e convenuto — Tancredi si occupa di coloro che agiscono in giudizio per conto di altri. La motivazione che egli fornisce non lascia spazio ad incertezze: poiché spesso le principali persone del processo — attore e reo —

(57) TANCREDI BONONIENSIS, *Ordo iudiciarius*, ed. F. BERGMANN, *Pilii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine*, Gottingae, Vandenoecht - Ruprecht, 1842, pp. 87-316. La datazione della prima redazione dell'*ordo* di Tancredi negli anni intorno al 1216 è proposta e dimostrata da Bergmann, nell'introduzione all'edizione ora citata, nonostante la decisa opposizione di Savigny che voleva l'opera prodotta successivamente al *Liber Extra*; sull'*Ordo* di Tancredi cfr. FOWLER-MAGERL, *Ordines iudicarii*, cit., p. 68.

(58) TANCREDI, *Ordo*, cit., p. 12.

(59) CORTESE, *Il diritto* cit., p. 237; L.E. BOYLE, *The Compilatio quinta and the register of Honorius III*, in « Bulletin of Medieval Canon Law », 8, 1978, p. 9 ss.

non possono o non vogliono stare in giudizio personalmente e possono quindi scegliere di farlo tramite procuratore e/o *sindicus*, per questo — dice Tancredi — è necessario vedere brevemente chi siano queste figure.

Il titolo 6 della prima parte dell'*ordo* « *Assiduis postulationibus* » è dedicato ai procuratori ⁽⁶⁰⁾, il seguente al *sindicus* e all'*actor* ⁽⁶¹⁾. Nonostante la suddivisione, la materia viene considerata e trattata in maniera omogenea: rappresentanti dei singoli e degli enti collettivi svolgono la medesima funzione, pur avendo alcune specificità legate proprio al soggetto rappresentato.

L'argomento è strutturato in una serie di punti che riprendono ed ampliano quelli dello schema rogeriano e che costituiranno, da adesso in avanti, anche in sede canonistica la traccia per tutte le successive trattazioni sul procuratore: chi è, come può essere costituito, da chi, in quali cause può intervenire un procuratore, qual è il suo compito, quali gli effetti, quando termina il mandato.

Secondo il consueto modo argomentativo di legisti e canonisti, la definizione di partenza è tratta dal *Corpus Iuris*: ricalcando e ampliando la notissima definizione ulpiana di D. 3, 3, 1, Tancredi afferma che « *procurator est qui aliena negotia unum vel plura mandato sibi a domino facto gerenda gratuito suscipit* » ⁽⁶²⁾. Il mandato è considerato elemento indispensabile ai fini della procura e la sua mancanza è condizione sufficiente a rendere nulla la sentenza e la controversia stessa agita dal procuratore. Questo punto, liquidato da Tancredi sulla scorta di C. 2, 12, 24 e della decretale di Innocenzo III *In nostra praesentia* del 1207 ⁽⁶³⁾, con una affermazione laconica e senza ulteriori precisazioni — « *mandatum enim exigitur in procuratore; alias iudicium nullum, controversiam nullam* » ⁽⁶⁴⁾ — era stato in realtà uno dei più dibattuti in dottrina. Le divergenze della legislazione giustiniana sul punto, imperniate sulla contraddizione fra la norma del *Codex* che stabiliva esplicitamente

⁽⁶⁰⁾ TANCREDI, *Ordo*, cit., pp. 114-123.

⁽⁶¹⁾ Ivi, pp. 123-126.

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 114.

⁽⁶³⁾ Inserita nella *Compilatio tertia* (1, 22) era stata poi recepita nel *Liber Extra* (X 1, 38, 4).

⁽⁶⁴⁾ TANCREDI, *Ordo*, cit., p. 114.

la necessità del mandato e il passo di Ulpiano (D. 5, 1, 56) che prevedeva la possibilità da parte del *dominus* di ratificare l'operato del falso procuratore e di rendere dunque valida l'azione e i suoi effetti, avevano generato due posizioni opposte: una glossa al testo di Tancredi descriveva l'antinomia e forniva una *solutio* radicalmente differente rispetto a quella di Tancredi, individuando nel passo del Digesto il criterio generale e considerando la norma del *Codex* come fattispecie particolare⁽⁶⁵⁾. Tancredi comunque sottolinea senza esitazione la necessità che il procuratore sia qualificato dalla volontà esplicita del soggetto rappresentato e limita la possibilità di agire senza mandato ai casi tradizionalmente previsti dal diritto romano: le *coniunctae persone* — cioè consanguinei, affini e liberti, il marito nella causa della moglie, i chierici nelle cause della loro chiesa — possono agire senza mandato dopo aver prestato cauzione che il *dominus* avrà per *rata* la sentenza; e tuttavia, precisa Tancredi, la possibilità per costoro di agire *alieno nomine* è limitata alla circostanza dell'assenza di mandato, poiché in caso di mandato contrario *non audiuntur* (66).

Per quanto attiene alle modalità di costituzione del procuratore e all'ampiezza del mandato, Tancredi dopo aver elencato tutti i casi specifici conclude che il procuratore si può costituire in presenza, ma anche in assenza dello stesso, per la lite presente e futura, in perpetuo o per il giorno presente o per il giorno futuro specificato, e ancora per nunzio, per lettera, « per verbum rogo, vel mando vel per aequipollentia verba » (67): insomma, conclude il 'canonista', il requisito sostanziale — e quindi fondamentale — è che sia individuato con certezza chi viene costituito procuratore, e che questi accetti di assumere l'incarico.

Analogo il *modus operandi* utilizzato per indicare i soggetti che

(65) « Contra Dig. de iud. 5, l. licet 56. Dicitur ibi quod aliquod est iudicium cum falso procuratore si dominus postmodum ratum habuit, quia per ratihabitionem omnia videntur ratificata esse etc. [...] Solutio: in ista l. *licet* dominus non habuit ex post facto ratum et ideo iudicium nullum; in contrariis ratum habuit dominus, et ideo iudicium aliquod » TANCREDI, *Ordo*, cit., p. 114 nota 9; sulle glosse all'*ordo* di Tancredi cfr. Pillii, *Tancredi, Gratiae*, cit., *Praefatio*, p. XIII nota 52.

(66) TANCREDI, *Ordo*, cit., p. 115.

(67) *Ibidem*.

possono costituire un procuratore: sulla scorta della tradizione romanistica e delle sue interpretazioni più famose, sono elencate le principali categorie — il *paterfamilias*, l'uomo libero, maggiore di 25 anni, sano di mente, *dominus* della *res* o della causa — alle quali, tuttavia, Tancredi pospone la consueta regola generale, e cioè è consentito a tutti tranne a coloro ai quali è vietato ⁽⁶⁸⁾. In particolare il tutore può costituire un procuratore solo dopo la *litis contestatio*, quando cioè sarà diventato *dominus litis*; e per analogia Tancredi afferma che lo stesso vale per il prelado poiché non è *dominus* delle cose della chiesa ma *dispensator et procurator*, suffragando questa asserzione con il ricorso alla decretale *Fraternitatem tuam* di Alessandro III (1159-81) dove si afferma esplicitamente che il vescovo, così come il prelado, è *procurator ecclesiasticarum rerum* e non *dominus* ⁽⁶⁹⁾.

Chiunque può essere costituito procuratore — presente o assente l'avversario — *nisi lege vel canone prohibeatur* ⁽⁷⁰⁾: il divieto riguarda i *milites*, le donne — anche se talvolta esse possono agire *pro parentibus*, in osservanza a quanto previsto da D. 3, 3, 41 —, gli invalidi perpetui e chi è accusato di crimine capitale.

Il limite della rappresentanza processuale è fissato nei giudizi penali: il procuratore può agire nelle cause spirituali e in quelle pecuniarie, ma non in quelle criminali, ad eccezione delle cause per ingiurie dove l'azione a mezzo di rappresentante è consentita soltanto alle *illustres personae*.

Il divieto di agire *alieno nomine* nelle cause penali trovava il suo fondamento normativo sia nel diritto civile che in quello canonico; Tancredi richiama, in particolare, una decretale di papa Adriano, inserita nel *Decretum* ⁽⁷¹⁾, dove si vieta che nelle cause penali si possa accusare o difendersi *per aliam personam* ed una di Innocenzo III che imponeva che nelle cause di adulterio, agite davanti al giudice secolare, il marito dovesse accusare la moglie « non per

⁽⁶⁸⁾ TANCREDI, *Ordo*, cit., p. 116.

⁽⁶⁹⁾ La decretale, contenuta nella I *antiqua* (3, 20) e successivamente recepita nel *Liber Extra* (X. 3, 24, 2), richiamava un principio già consolidato e presente, ad esempio, nel *Decretum*, C.12, q. 1, c. 28 e C.12, q. 2, c. 52.

⁽⁷⁰⁾ TANCREDI, *Ordo*, cit., p. 117.

⁽⁷¹⁾ Decr. Grat., D.2, c. 5, q. 3.2.

procuratorem sed per se ipsum », mentre prevedeva la possibilità di un'azione analoga dinanzi al giudice ecclesiastico, con lo scopo di ottenere la separazione fra i coniugi, azione questa che, configurandosi nel diritto canonico come « quasi mixta, inter civilem et criminalem » consentiva all'accusatore di essere rappresentato in giudizio dal suo procuratore (72). A questi due provvedimenti canonistici Tancredi affiancava il notissimo passo ulpiano (D. 48, 1, 13) che aveva fondato la riflessione civilistica sul punto. Il divieto di rappresentanza nei giudizi penali veniva motivato con la oggettiva difficoltà che l'identificazione del procuratore con il *dominus litis* provocava ai fini degli effetti del giudicato: in altri termini, poiché la condanna ricadeva direttamente ed esclusivamente sul *dominus litis* in quanto *principalis persona* nel processo, questo avrebbe provocato una palese aberrazione nel caso di reati che prevedessero la condanna alla pena capitale o alla mutilazione. Ora, se la prima canonistica sembrava aver aderito piuttosto rigidamente al divieto di costituire procuratore nei giudizi penali, non altrettanto rigidamente si era mossa la dottrina civilistica. Tancredi riporta a questo proposito l'opinione di Azone *legum doctor egregius*, il quale aveva precisato che il divieto vale soltanto nelle cause criminali — pubbliche e private — nelle quali sia prevista la pena capitale; nelle altre, dove viene imposta una pena minore, compresa la reclusione o ad esempio la rimozione dall'ordine, allora lì si può costituire un procuratore a patto che la pena della reclusione possa essere realmente inflitta al condannato, in analogia con le cause pecuniarie dove la sentenza viene data contro l'assente (73). E, aggiunge Tancredi, il procuratore può intervenire anche nel caso in cui, pur riguardando il processo un crimine, non si agisca *criminaliter sed in alio modo* (74).

Dopo aver seccamente ribadito che il rappresentante dell'attore deve prestare garanzia che il *dominus* accetterà quanto deciso nel

(72) La decretale di Innocenzo III, *Tuae fraternitatis* era inserita nella terza *Compilatio antiqua* (1, 22) e sarebbe stata recepita nel *Liber Extra* (X 1, 22, 5).

(73) AZONIS, *Summa super codicem*, rist. an. a cura di M. Viora, *Corpus Glossatorum juris civilis*, III, Torino, Officina Erasmiana, 1966, tit. *De procuratoribus § si autem sit criminalis causa*, p. 33.

(74) TANCREDI, *Ordo*, cit., p. 119.

giudizio e deve impegnarsi a difenderlo rettamente *quia nemo defensor est sine satisfactione* (75), Tancredi affronta il nodo cruciale delle garanzie che il procuratore deve prestare in giudizio in un capitolo specifico « De satisfactione procuratorum et ceterarum personarum », collocato nella parte dedicata alle garanzie richieste alle parti (76). L'orientamento del canonista si conforma a quanto a suo tempo espresso da Giovanni Bassiano: in presenza di mandato certo e indubitabile — afferma Tancredi — il procuratore è esentato dal dover *cavere de rato*; garanzia che egli dovrà invece prestare in caso di dubbio sul mandato, pena la non ammissibilità in giudizio, a meno che non si tratti di *coniuncta persona*. Il problema, come si è detto, era stato dibattuto sin dalle prime generazioni di Glossatori, ma non aveva trovato una soluzione univoca se ancora qui Tancredi riporta l'opinione di Azone, che nella *Summa codicis* (77) ricalcando a sua volta il parere di Giovanni Bassiano, aveva affermato che è nella facoltà del procuratore provare l'autenticità del mandato o dare fideiussione, secondo il brocardo « cum quis ad duo alternative tenetur habet opinionem faciendi quid velit » (78). Il procuratore dell'attore è comunque tenuto a prestare sempre garanzia *de defendendo* in caso di riconvenzione del *dominus* presso lo stesso giudice, anche in presenza di mandato, pena la sua non ammissibilità in giudizio. E ancora dovrà prestare garanzia di pagare quanto stabilito dalla sentenza; questa garanzia, che deve essere ovviamente data anche dal procuratore del convenuto, è richiesta al procuratore dell'attore proprio nella eventualità della *reconventio* del *dominus* (79).

Il compito del procuratore consiste nel portare a compimento il mandato, salvo tempestiva rinuncia. Ma, avverte il canonista, la sua condizione non deve essere in alcun modo peggiore rispetto a quella del *dominus* « nisi in satisfando », cioè nell'obbligazione de-

(75) *Ibidem*.

(76) TANCREDI, *Ordo*, cit., parte II tit. 16, pp. 177-180.

(77) AZONIS, *Summa*, cit., pp. 33-34.

(78) TANCREDI, *Ordo*, cit., p. 178.

(79) *Ivi*, pp. 178-179.

rivante dalle garanzie che il procuratore in persona è tenuto a fornire ⁽⁸⁰⁾.

Le azioni compiute dal procuratore così validamente costituito in giudizio devono intendersi come approvate dal *dominus*, e ciò anche in caso di revoca del mandato, qualora la controparte ignori questa circostanza. Ma nel caso in cui l'avversario sia a conoscenza della revoca del mandato, tutto ciò che il procuratore avrà compiuto dopo la revoca sarà da ritenersi nullo ⁽⁸¹⁾.

La trattazione sul procuratore termina con un cenno relativo alla conclusione del mandato, che potrà essere determinata dalla revoca da parte del mandante, dalla rinuncia del procuratore o dalla morte di uno dei due soggetti.

L'ordo prosegue con il titolo dedicato a coloro « qui tractant causas universitatis », e precisamente il *syndicus* e l'*actor* ⁽⁸²⁾. Le definizioni fornite da Tancredi e l'impostazione generale dell'argomento rappresentano un punto di svolta nella trattazione della rappresentanza processuale degli enti collettivi. Tancredi, infatti, riprende — talvolta anche testualmente — quanto la dottrina aveva affermato sul punto, e tuttavia la sintesi che egli offre e la chiarezza definitoria ed argomentativa che la caratterizzano, consacrano la sua impostazione come *topos* seguito, in maniera pressoché letterale, da tutta la dottrina successiva almeno fino a Durante.

Secondo Tancredi, il *syndicus* come anche l'*actor*, è colui che è costituito « ad agendum vel defendendum causas nomine universitatis ». La differenza fra i due risiede nell'estensione del mandato: l'*actor* è costituito solo per la lite presente e *cum decreto*; il *syndicus* invece è costituito per le liti presenti e future e senza decreto, poiché il decreto non può estendersi al futuro ma riguarda solo il presente ⁽⁸³⁾.

Il rappresentante dell'*universitas* può essere costituito solo dalla stessa o da coloro ai quali essa ha espressamente demandato la *potestas eligendi*, con la sola avvertenza che se i *negotia* sui quali si

⁽⁸⁰⁾ Ivi, p. 120.

⁽⁸¹⁾ Ivi, p. 122.

⁽⁸²⁾ Ivi, p. 123.

⁽⁸³⁾ D. 3, 4, 6.

farà il processo riguardano il Vescovo, sarà lui a dover nominare il rappresentante col consenso del Capitolo; viceversa, se i *negotia* riguardano il Capitolo, il *syndicus* o l'*actor* sarà nominato dal Capitolo col consenso del Vescovo (84).

I *defensores* devono essere nominati, a maggioranza semplice, da una assemblea costituita da almeno due terzi degli aventi diritto al voto; la nomina deve essere messa per iscritto, così come i termini del mandato — « quis constituatur, et ad quid, et contra quos constituitur » — a meno che non si tratti di una costituzione generale *ad omnes lites* (85). Il *syndicus* o *actor* può essere un membro dell'*universitas* ma può anche non farne parte — il monaco, esemplifica Tancredi, su mandato dell'abate può trattare la causa del monastero; ancora, può essere sia *paterfamilias* che *filiusfamilias*. Il compito del *syndicus* e dell'*actor* è il medesimo del procuratore: trattare le cause dell'*universitas* e difenderla; analogamente al procuratore, il difensore del *collegium* non dovrà *satisfare* a meno che non sorgano dubbi sull'autenticità del suo mandato; e ancora giurerà *de calumnia*, poiché — e in questo compare una assimilazione alla figura del tutore — egli ha la *legitimam administrationem*; dovrà eseguire tutti gli atti necessari al corretto svolgimento del suo ruolo processuale — dalla *litis contestatio*, agli interrogatori *de facto* — *sicut legitimus dominus litis* (86). Ciò significa che la sentenza verrà formulata e ricadrà sulla sua persona, ancora una volta in analogia a quanto evidenziato per il procuratore: « sententia in persona eius formatur » (87). Anche la conclusione del mandato del *syndicus* e dell'*actor* ricalca le modalità già esposte per il rappresentante delle persone fisiche (88). Le caratteristiche e le competenze dei soggetti che rappresentano pienamente un *collegium* si devono estendere secondo Tancredi anche a tutti coloro che avendo una

(84) TANCREDI, *Ordo*, cit., pp. 124-125.

(85) Ivi, p. 125.

(86) Ivi, pp. 125-126.

(87) Ivi, p. 126.

(88) *Ibidem*: « Et nota quod istorum officium eisdem modis finitur quibus mandatum procuratoris ».

quasi legitimam administrationem hanno facoltà di costituire un procuratore dopo la *litis contestatio* ⁽⁸⁹⁾.

Il canovaccio seguito da Tancredi si riscontra, seppure con qualche significativa differenza, negli altri *ordines* composti da giuristi canonisti durante il primo trentennio del XIII secolo.

Nella *Summa de iudiciario ordine* di Grazia ⁽⁹⁰⁾ il titolo VIII riunisce la trattazione sui procuratori e sui *syndici*, ossia la rappresentanza del singolo e quella dell'ente collettivo. Questa unione è assai significativa, soprattutto in considerazione del carattere marcatamente pratico che impronta l'opera del canonico aretino. Il ricorso all'autorità di Tancredi — nei cui confronti il debito è dichiarato esplicitamente ⁽⁹¹⁾ — e alle norme del *Liber Extra*, esimono l'autore dall'affrontare problemi definitivi e orientano la sua opera verso la risoluzione di aspetti fin'ora lasciati in ombra dalla riflessione giuridica: la redazione del mandato nella forma pubblica, ossia per mano del notaio, e in quella *per literas sigillatas*, alla quale far ricorso nei luoghi in cui *usus notarii non habetur* ⁽⁹²⁾; le modalità di redazione della revoca del mandato, la sua notifica al giudice e alla controparte, nel caso in cui la revoca succeda alla *litis contestatio*.

La differenza che emerge tra la scarna trattazione dell'aretino e la più articolata elaborazione di Tancredi non è tuttavia di poco momento: in ossequio al maestro, Grazia afferma che la differenza tra procuratore, *syndicus* e *actor* « plene dicitur in libello Tancredi »; ma aggiunge immediatamente che la differenza evidenziata da Tancredi è ormai superata, relegata al mero dato formale. Ciò che Tancredi aveva sottinteso nella sua esposizione, ma non aveva mai voluto o potuto dichiarare esplicitamente, era adesso affermato senza alcuna reticenza: « sed hodie non videtur quod sit differen-

⁽⁸⁹⁾ *Ibidem*; il riferimento esplicito è all'*oekonomus episcopalis ecclesiae* e al *vice-dominus*.

⁽⁹⁰⁾ GRATIAE ARETINI, *Summa de iudiciario ordine*, ed. F. BERGMANN, *Pilii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine*, cit., pp. 317-384. Sull'*ordo*, composto intorno al 1237, cfr. FOWLER-MAGERL, *Ordines iudicarii*, cit., p. 107.

⁽⁹¹⁾ Ivi, parte I, tit.8 § 1, p. 346.

⁽⁹²⁾ Ivi, pp. 346-347.

tia, nisi in voce »⁽⁹³⁾; la saldatura fra rappresentanza dei singoli e rappresentanza dei collegi era ormai compiuta pienamente, con il decisivo supporto della normazione pontificia che, con il *Liber Extra*, aveva chiuso definitivamente il cerchio eliminando le distinzioni formali in nome di una sostanziale e ben più efficace unicità del luogo giuridico dell'azione *alieno nomine*. Il ricorso di Grazia alla decretale *Petitio* (X 1, 38, 2) e soprattutto l'interpretazione che qui ne veniva fornita — « ubi papa constituentis considerat intentionem et non vocem » — consentivano al canonista di eliminare la differenza tra rappresentanza dei singoli e rappresentanza degli enti collettivi e di semplificare ulteriormente il quadro, eliminando la distinzione sostanziale tra *syndicus* e *actor*, in nome di una prassi, ormai pienamente consolidata, che si orientava verso formule di mandato ampie e sostanzialmente onnicomprensive.

La prassi notarile, infatti, sembrava aver accolto l'orientamento antiformalistico del diritto canonico creando formule, riportate dallo stesso aretino, che appunto riunivano, in una sorta di elencazione sinonimica, i vari termini che in un passato ancora vicino erano stati oggetto di minuziose precisazioni: « Hodie raro observatur hac differentia », afferma l'Autore, aggiungendo che la formula di mandato più in uso nella prassi notarile, in caso di costituzione di rappresentante in giudizio da parte di enti ecclesiastici, prevede la dicitura « constituit et ordinavit [...] suos procuratores, syndicos et actores ac defensores et sufficientes responsales in causa [...] »⁽⁹⁴⁾.

La decisa apertura verso la prassi che orientava in maniera estremamente evidente il breve trattato dell'Aretino poggiava solidamente sull'impianto teorico sintetizzato da Tancredi e tuttavia, in maniera altrettanto palese, questo connubio evidenziava come l'*usus fori* seguito dalla canonistica avesse ormai definitivamente superato quel formalismo che, seppure con un certo fastidio, era ancora a base delle elaborazioni più marcatamente teoriche.

La responsabilità della corretta formulazione del mandato ai fini dell'accoglimento del procuratore in giudizio e quindi della va-

⁽⁹³⁾ Ivi, p. 348.

⁽⁹⁴⁾ Ivi, p. 349.

lità del procedimento, messa in luce dalla dottrina, aveva determinato nella prassi notarile la tendenza a confezionare mandati sovrabbondanti che contenevano, al loro interno, tutte le possibili varianti che la scienza giuridica aveva elaborato per indicare, nella maniera più ampia possibile, il conferimento della rappresentanza in giudizio. Ovviamente una tale abbondanza recava in sé altrettante possibilità che il mandato venisse respinto dalla controparte, a causa delle molteplici contraddizioni determinate, appunto, dall'eccesso della terminologia adoperata. Questa preoccupazione emerge con chiarezza dalle pagine di Egidio de Fuscarariis. Il canonista che dedica il suo *ordo* esclusivamente all'analisi della prassi giudiziaria bolognese, rileva in più punti come pur essendo il mandato ampio in linea di massima tollerato sia nel foro civile che in quello ecclesiastico, tuttavia in esso sono contenuti molti punti che *secundum iuris rigorem* lo rendono impugnabile⁽⁹⁵⁾. La debolezza di questo genere di mandati risiede, secondo Egidio, sia nella sovrabbondanza che nella carenza. La formula *fecit et constituit*, ad esempio, è sovrabbondante, in quanto si tratta di due sinonimi e in base alle indicazioni generali fornite nel *Liber Extra* « *superfluitas reprobatur in actis* »⁽⁹⁶⁾; di contro l'uso di designare il rappresentante come *nuntius et procurator* contiene una palese contraddizione determinata dalla differenza sostanziale fra i due ruoli: « *quia nuntius debet formare verba in personam domini non autem sui ipsius [...] sed procurator debet formare in personam suam* ». I due termini giustapposti generano una contrapposizione da evitare — « *et sic nuntius et procurator inter se discrepant. Male ergo ponuntur haec duo verba seu duae distinctiones ad idem et circa idem propter sui repugnantiam, cum una velit unum et alia oppositum* » — anche se, considera il canonista, l'uso viene tollerato *de consuetudine*⁽⁹⁷⁾.

L'*ordo* di Egidio — che insieme a quello di Tancredi e allo *Speculum* di Durando compone la triade dei grandi *ordines* autoritativi

⁽⁹⁵⁾ *Des Ordo iudiciarius des Aegidius de Fuscarariis*, ed. L. WAHRMUND, *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Processes im Mittelalter*, III.I, Innsbruck, Wagner'schen K.K. Universitäts Buchhandlung, 1916, p. 23.

⁽⁹⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁷⁾ *Ivi*, p. 24.

della canonistica duecentesca — evidenziava come la discrepanza fra l'*usus fori* e le elaborazioni della dottrina nel campo della rappresentanza processuale si manifestasse proprio nel recepimento pedissequo delle sub-distinzioni che la scienza giuridica aveva minuziosamente enucleato e nel loro conseguente annullamento in funzione della costruzione di una figura unica di rappresentante, che prescindesse sostanzialmente dalle specificità legate al mandante o alla controversia. Ora, poiché quelle precisazioni, sebbene apparentemente frutto di nominalismo, erano in realtà motivate da una esigenza concreta di definizione del ruolo — e di quello processuale in maniera specifica — risultava evidente il rischio che una prassi troppo disinvolta e una consuetudine poco attenta vanificassero gli esiti delle controversie qualora fosse intervenuta in giudizio una controparte sufficientemente esperta dei meccanismi che erano comunque all'origine di questa prassi.

Lo sforzo dunque che si nota negli *ordines* della seconda metà del Duecento è quello di correggere il tiro, di reinserire, cioè, all'interno della prassi notarile e giudiziaria quelle distinzioni necessarie a motivare validamente l'azione di un rappresentante in giudizio. Il punto di arrivo di questo percorso — che muove dalla dottrina e alla dottrina nuovamente approda, ma in considerazione di un uso giudiziario ormai definitivamente consolidato — è senza alcun dubbio lo *Speculum iudiciale* di Guglielmo Durante.

Qui la parabola della 'fondazione' del problema della rappresentanza in sede processuale può dirsi davvero conclusa. L'impianto dato da Durante alla disciplina dell'azione *alieno nomine* segue quello tracciato a suo tempo da Tancredi; e tuttavia, nonostante il debito con la tradizione dottrinarie sia evidente — e in non pochi passi esplicito — la materia della rappresentanza è affrontata con una ampiezza ed una organicità tali da poter assumere lo *Speculum* come il punto di arrivo e la *summa* di tutte le varie problematiche enucleate dalla scienza giuridica civilistica e canonistica in oltre un secolo di riflessioni; l'integrazione poi della trattazione di Durante con le *additiones* di Giovanni D'Andrea e con le postille di Baldo fornisce un quadro della disciplina — secondo la dottrina — che, per il periodo da noi considerato, può ritenersi esaustivo.

Il *modus operandi* seguito da Durante consiste nell'armonizzare le indicazioni dottrinarie con le spinte della prassi. Forme dei man-

dati, tipologie dei rappresentanti, obiezioni, eccezioni: Durante non omette nulla e di ogni punto fornisce un quadro definitorio che può a ragione considerarsi conclusivo. A conferma del fatto che lo *Speculum* costituisce il punto di arrivo di un percorso che la dottrina e la prassi avevano intrapreso nel tentativo di costruire dalle fondamenta il grande luogo della rappresentanza processuale, le annotazioni di Giovanni d'Andrea ma, soprattutto, le *additiones* di Baldo: il grande commentatore, infatti, si limita a riassumere quanto Durante aveva esposto in maniera prolissa, ma non evidenzia distacchi sostanziali rispetto alla sistematizzazione da questi compiuta un secolo prima.

La struttura del trattato di Durante è il filo conduttore che occorre seguire per comprendere la portata sistematizzante dell'opera tutta, e del tema della rappresentanza in particolare. Come è noto, l'opera è divisa in libri, ciascun libro in *particulae*, e ciascuna *particula* in capitoli.

Il primo libro è dedicato alle persone che intervengono in giudizio ed è diviso in quattro parti: la prima riguarda il giudice, la seconda l'attore e il convenuto, la terza i soggetti che intervengono a *alieno nomine*, la quarta coloro *qui nec agunt nec defendunt*.

Recependo la tendenza generale maturata in seno alla canonistica del pieno Duecento, Durante raggruppa in un'unica *particula* l'esame di tutti i soggetti che agiscono in giudizio per conto di altri ⁽⁹⁸⁾. Questi sono suddivisi in ben 13 categorie — « Procurator, Actor, Coniuncta persona, Defensor, Excusator, Syndicus, Oeconomus, Orphanotropus, Vicedominus, Vicecomes, Castaldus, Curator, Tutor » ⁽⁹⁹⁾ — e di tutte l'autore fornisce una definizione schematica nel capitolo di apertura, per poi dedicare a ciascuna una specifica rubrica ⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁸⁾ DURANTIS, *Speculum*, cit., lib. I partic. III « De his, qui alieno nomine in iudicio interveniunt », pp. 201-259.

⁽⁹⁹⁾ DURANTIS, *Speculum*, cit., p. 201.

⁽¹⁰⁰⁾ Per comodità del Lettore riporto lo schema della terza *particula* del I libro: *De hiis qui alieno nomine interveniunt* (ivi, pp. 201-202); *De procuratore* (ivi, pp. 202-229); *De coniuncta persona* (ivi, pp. 229-231); *De defensore* (ivi, pp. 231-232); *De excusatore* (ivi, pp. 232-233); *De syndico* (ivi, pp. 233-238); *De oeconomus* (ivi, pp. 238-239); *De actore universitatis* (ivi, pp. 239-241); *De orphanotropho* (ivi, pp. 241); *De vicedo-*

Fra i soggetti che *alieno nomine agunt vel defendunt*, quello che più frequentemente interviene in giudizio è il *procurator* che, secondo la definizione consolidata, anche per Durante è colui « qui aliena negocia mandato domini administrat »⁽¹⁰¹⁾.

Durante analizza la materia in riferimento agli eventuali difetti nella costituzione stessa del procuratore, e quindi ai casi in cui si può configurare la possibilità di opporsi all'intervento del procuratore nel processo; questa circostanza, se accolta dal giudice, ha conseguenze di estrema gravità portando all'annullamento del giudizio, in caso di vizi nella costituzione del procuratore dell'attore, e alla condanna per contumacia in caso di difetto nella costituzione del procuratore del convenuto.

Le opposizioni alla costituzione del procuratore possono essere dettate o dalle caratteristiche del soggetto scelto come rappresentante — *ratione sui et cause*⁽¹⁰²⁾ — o dalle caratteristiche del costituente — *ratione constituentis*⁽¹⁰³⁾ — o ancora da un difetto nella forma del mandato — *ratione forme constitutionis*⁽¹⁰⁴⁾.

Questo schema, che si completa con l'analisi della costituzione del procuratore *in rem suam constitutus*⁽¹⁰⁵⁾, rappresenta un modo nuovo di proporre problemi già affrontati e risolti dalla dottrina, una nuova prospettiva coerente con le esigenze della prassi ma sempre comunque rispettosa delle acquisizioni della teoria. La *additio* di Giovanni d'Andrea alla rubrica *De procuratore* mostra con un certo fastidio lo stravolgimento dello schema operato da Durante nei confronti della trattatistica precedente, e in particolare di Azzone e di Tancredi, della quale egli è comunque debitore⁽¹⁰⁶⁾. In

mino (ibidem); De vicecomite (ibidem); De tutore (ivi, pp. 241-252); De curatore (ivi, pp. 252-259).

⁽¹⁰¹⁾ Ivi, p. 201.

⁽¹⁰²⁾ Ivi, p. 203 ss.

⁽¹⁰³⁾ Ivi, p. 214 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Ivi, p. 216 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Ivi, p. 225 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Dice Giovanni d'Andrea (ivi, p. 202 *Additio*): « Sciendum est quod Azon multum plene et Tancredus breviter sic prosequatur haec membra. Quis dicatur procurator. Secundo qualiter instituat. Tertio, quis instituat. Quarto, quis instituat. Quinto, in qua re. Sexto, qualiter suum officium explicetur. Septimo, qualiter finiatur.

ogni caso, ciascuna di queste parti viene scelta dall'Autore come sede per descrizioni estremamente dettagliate riguardanti ogni possibile aspetto della materia, con un'attenzione rivolta più alla completezza e all'ordine che non all'innovazione.

E così, ad esempio, le varie tipologie di mandato, inserite per esteso nella trattazione, sono desunte, prevalentemente, dai trattati di Rolandino de Passegeriis e di Egidio de Fuscarariis ⁽¹⁰⁷⁾. Anche il problema della rappresentanza in giudizio degli enti collettivi — e quindi delle caratteristiche del *sindycus* e dell'*actor*, in primo luogo — seppure affrontato con estrema ampiezza, riassume in realtà le sistematizzazioni fatte sino a quel momento, senza particolari elementi di originalità o di novità.

Un rilievo particolare viene dato da Durante all'ambito del processo penale, tradizionalmente individuato come il limite della rappresentanza processuale; un punto che, ovviamente, presenta innumerevoli difficoltà e che costituisce uno dei luoghi più controversi in dottrina.

Per la disciplina della rappresentanza in sede processualpenalistica il riferimento che occorre giustapporre a Durante è rappresentato dalla rubrica XXI del *Tractatus de maleficiis* di Alberto Gandino ⁽¹⁰⁸⁾; anzi, secondo quanto afferma Giovanni d'Andrea nella corposa e polemica glossa dedicata all'argomento, Gandino « etiam magnus practicus » espone la situazione a Bologna e le opinioni dei *doctores* meglio di quanto non faccia lo stesso Durante ⁽¹⁰⁹⁾. E comunque, nonostante una forse maggiore acutezza del giudice, tuttavia anche su questo punto la posizione di Durante rappresenta un punto di arrivo, riassumendo con la consueta minuzia la dottrina prevalente e dando conto delle differenti posizioni, o almeno delle più consolidate.

La questione della rappresentanza in ambito penale è ovvia-

[...] Vides quod autor omittit primum, de quo dixerat supra [...] de quarto autem facit primum membrum, de tertio facit secundum, de secundo tertium ».

⁽¹⁰⁷⁾ Ivi, p. 220 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ ALBERTI DE GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, Lugduni, Apud haeredes Iacobi Iuntae, 1555, rubrica XXI « Utrum procurator in maleficiis interveniat et quando », pp. 80-91.

⁽¹⁰⁹⁾ DURANTIS, *Speculum*, cit., p. 207, *add.* « civili ».

mente legata all'idea che il procuratore è *dominus litis* e quindi che su di lui, personalmente, ricadono gli effetti del giudicato.

Se questo non pone difficoltà in sede civile, in quanto il procuratore prestando fideiussione, si impegna ed accetta di onorare il disposto della sentenza, la questione è ovviamente differente in sede penale: qui la dottrina si trova a dover risolvere la evidente contraddizione fra la possibilità di agire o difendersi tramite un terzo soggetto e la constatazione che gli effetti del giudicato ricadono comunque sul *dominus litis*, e quindi, se si tratta di azione *alieno nomine*, sul rappresentante.

Il rischio è — come esplicitamente afferma Durante — che, in caso di condanna, *ipse condemnaretur qui non deliquit* e, aggiunge *quod esse non debet* ⁽¹¹⁰⁾; questa è la principale causa del divieto, posto dalla legge e accolto dalla dottrina come principio generale, di agire o difendersi tramite rappresentante nei giudizi criminali, sia pubblici che privati. E infatti innanzitutto è ingiusto che venga condannato chi non ha commesso materialmente il reato; l'altra ragione per la quale, come regola generale, non si ammette l'intervento di un terzo nel giudizio penale, è che qui — a differenza del giudizio civile — si potrebbe giungere ad una conseguenza irreversibile e non prevedibile nel mandato.

Se questa è la regola, tuttavia non mancano i casi in cui essa può essere disapplicata: Durante ne individua ben quattordici, sulla scorta, come di consueto, di una disamina puntuale delle precedenti acquisizioni della dottrina. Fra questi, il già citato caso esaminato da Tancredi e da Azone, in cui la pena prevista non sia capitale, ma pecuniaria; e ancora la fattispecie dei giudizi contro un ente collettivo. Afferma Durante che se una *universitas* o un ente ecclesiastico vengono accusati possono costituire un *syndicus*: la *ratio* è che l'*universitas* « que caput non habet » non può essere condannata *in personam*; e quindi, se costituisce un procuratore, « in personam procuratoris esset formanda sententia » ⁽¹¹¹⁾. Tuttavia, questa circostanza riconduce inevitabilmente all'aberrazione che è

⁽¹¹⁰⁾ Ivi, pp. 206-207.

⁽¹¹¹⁾ Ivi, p. 207.

all'origine della prima regola generale: « et sic decapitaretur quandoque sine culpa, quod esse non debet »⁽¹¹²⁾.

In linea di massima, ciò che sembra di poter cogliere dall'analisi incrociata delle *quaestiones* di Alberto Gandino e dell'argomentazione di Durante, è che sia nella prassi che nella dottrina si manifesta con evidenza il tentativo di mitigare il divieto, attraverso una ulteriore specificazione sia delle tipologie dei giudizi penali che delle fasi del procedimento.

Sulla falsariga di Azone, si afferma il principio che nei giudizi che prevedono una pena anche afflittiva, ma che giunga sino alla reclusione, le parti possono essere rappresentate da un procuratore per tutto lo svolgimento del processo. Al contrario nei giudizi per reati gravi la sentenza deve essere inflitta al *dominus* e non al suo procuratore, pena la nullità del processo stesso.

I casi dubbi riguardano la possibilità di costituire un procuratore soltanto per presentare eccezioni dilatorie o declinatorie nei confronti sia dell'accusatore sia del giudice: sul punto la dottrina pare concordare sul fatto che questo non è possibile in quanto le eccezioni sono già esse stesse una difesa; unica voce di dissenso — secondo quanto afferma Alberto Gandino — è rappresentata da Odofredo, il quale nega che *allegare* coincida con *defendere* e ammette quindi la possibilità che tali eccezioni possano essere poste da un rappresentante dell'accusato.

Altro punto controverso riguarda la possibilità da parte di un detenuto reo confessore di omicidio, di costituire un procuratore, dopo la *litis contestatio*, al fine di assolvere ad alcune fasi processuali che comunque precedono la sentenza, quali la produzione di nuovi testimoni o la richiesta di dilazione dei termini. La regola generale lo vieta, in quanto questa attività può essere assimilata alla difesa, e quindi rientra nella esclusiva competenza del *dominus*; e tuttavia, obietta Gandino, la legge pone una evidente contraddizione poiché mentre obbliga colui che è accusato di crimine capitale a difendersi *ex vinculis*, prevede, in generale, che l'accusato che voglia produrre testimoni debba farlo innanzi al giudice. E ancora, una parte della dottrina, rappresentata da Odofredo *et alii doctores*,

⁽¹¹²⁾ *Ibidem*.

afferma che non esiste uno specifico divieto a costituire un procuratore *ad unam speciem*; anzi questa possibilità è esplicitamente prevista nel giudizio civile e non è mai espressamente vietata nel penale. Questa posizione è suffragata dalla considerazione che essendo il limite oggettivo posto alla rappresentanza processuale in sede criminale dato dalla sostituzione del *dominus* con il procuratore — e quindi dall'ipotesi di condanna di questi in luogo del suo rappresentato — questo esclude che vi siano altri effetti sulle fasi del processo anteriori alla sentenza⁽¹¹³⁾. Nonostante le numerose obiezioni, riportate sia da Gandino che da Durante, il punto di incontro sembra essere la possibilità che un soggetto intervenga in qualità di procuratore soltanto per allegare *causas absentiae*: è questo uno dei numerosi casi in cui, sia secondo Alberto Gandino che secondo Durante, la regola generale *fallit*⁽¹¹⁴⁾.

L'altro punto sul quale, almeno in linea generale, la dottrina sembra concorde nell'ammettere la deroga alla regola generale riguarda i casi in cui gli statuti locali prevedano il mutamento in pena pecuniaria della pena capitale prevista dal *ius commune*⁽¹¹⁵⁾. E tuttavia appare altrettanto evidente che in questo caso, come del resto in tutta la materia penale, il fattore locale e quindi l'interpretazione fondata sul *ius proprium* stravolge i termini del dibattito ed introduca una quantità di variabili tale da rendere sostanzialmente impossibile il consolidarsi di una regola generale; si fa strada, cioè la consapevolezza che occorrono nuovi criteri ermeneutici, che nella fattispecie ora citata, coinvolgono un diverso modo di analizzare il problema; dice Gandino che la discrepanza fra la pena prevista dal *ius commune* e quella stabilita dal *ius proprium* comporta non soltanto la *fallentia* della regola generale ma addirittura un deciso mutamento nell'approccio interpretativo: « unde potius debemus in-

(113) gl. *Ad crimen* D. 48, 1, 13.

(114) DURANTIS, *Speculum*, cit., p. 207; GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, cit., p. 85.

(115) Il caso è ben descritto da Alberto Gandino: « Titius commisit homicidium seu maleficium pro quo de iure communi est imponenda mortis poena. [...] Item quaero Ex forma vero statuti est imponenda poena mille librarum modo Titius citatur pro dicto homicidio vult constituere procuratorem qui pro eo interveniat ad totam causam; quaeritur numquid possit et primum videtur quod sic » (GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, cit., p. 85).

spicere poenae impositionem quam naturam et originem criminum [...] ibi potius finem quam genus et naturam criminis spectamus »⁽¹¹⁶⁾.

L'ambito del processo penale è quello in cui maggiormente si evidenziano i limiti di una teoria della rappresentanza che probabilmente non riusciva a fornire alle esigenze della prassi le risposte necessarie. Il limite era evidente e risiedeva nella impossibile sommaria di due elementi che, se singolarmente considerati, rientravano perfettamente in una logica giuridica astratta: l'assunto, mai discusso, che gli effetti del giudicato dovessero ricadere direttamente ed in via esclusiva sul *dominus litis* e il trasferimento, in capo al procuratore validamente costituito, del ruolo di *dominus litis*.

Il passaggio dall'identificazione rappresentante-rappresentato alla sostituzione del *dominus rei* con un soggetto che ne fa le veci, senza per questo essere interessato dagli effetti dell'azione da lui compiuta per conto del mandante, non riguarda il periodo qui preso in esame. Certamente l'idea compare già in Bartolo, ma rimane legata alla sfera negoziale⁽¹¹⁷⁾.

Il processo, almeno fino al XV secolo, è e rimane *actus personarum*, luogo dove si manifesta la concretizzazione delle azioni giuridiche, dove si pone un limite tangibile alle astrazioni della teoria speculativa; e in questo luogo dunque, i giuristi dell'età del diritto comune pongono l'accento sulla necessità che chi agisce, chi si qualifica e viene riconosciuto come *dominus litis*, debba essere responsabile *in toto* dell'azione e dei suoi effetti, senza riguardo alla circostanza che ha determinato il suo essere fisicamente presente in giudizio: una concezione che certamente travalica i limiti del diritto processuale e che materializza nel grande teatro del rito giudiziario le suggestioni politiche e ideologiche di una struttura di potere — la Chiesa — che sulla delega e sull'azione *alieno nomine* fondava la sua stessa esistenza.

⁽¹¹⁶⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹⁷⁾ CAPPELLINI, *Rappresentanza*, cit., p. 446.

BERNARDO SORDI

RAPPRESENTANZA, ORGANO, ORGANIZZAZIONE:
L'ITINERARIO DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO (*)

1. Premessa. — 2. Stato giurisdizionale di Antico regime: l'esempio di uno Stato "fiscal-militare". — 3. Stato giurisdizionale di Antico regime: l'esempio di uno Stato regionale. — 4. Rivoluzione. — 5. Stato di diritto.

1. *Premessa.*

L'agire per altri, il grande e variegato fenomeno della sostituzione nell'attività giuridica, occupa, anche nell'universo pubblicistico, un ruolo assolutamente centrale. Non solo, appena ci si allontana dalla materialità effettuale e rassicurante delle persone fisiche che agiscono nella loro sfera privata e ci si avvicina ai processi di costruzione della persona giuridica statuale, l'agire per altri impatta roveli teorici di rara complessità.

Viene in mente in primo luogo il nesso rappresentanza-rappresentazione, che si snoda lentamente e con mille intrecci dalla medievale rappresentanza identitaria della *pars pro toto*, della *valentior pars*, sino alla moderna rappresentanza politica dell'interesse generale che si realizza senza vincolo di mandato. Pur presente, l'agire qui è tuttavia in secondo piano. Rileva uno "stare per", più che un "agire per" ⁽¹⁾. La rappresentanza rende visibile una realtà — quella di una entità collettiva (la Nazione di Sieyès ma anche la Na-

(*) Si pubblica qui anticipatamente sugli *Atti* la relazione tenuta a Roma il 16 novembre 2007 nell'ambito del Convegno *L'agire per altri*, organizzato dalla Società italiana di storia del diritto. Si è deliberatamente conservata l'originaria forma colloquiale.

(1) Una lucida messa a punto dei "dilemmi della rappresentanza" in P. COSTA, *Il problema della rappresentanza politica: una prospettiva storica*, in « Il Filangieri », I, 2004, pp. 329 ss.

zione dell'art. 67 della Costituzione del 1948) — inattingibile nella sua materialità. Cerca di rendere attuale e presente un valore prettamente ideale.

Ma non è su questo profilo che intendo soffermarmi. E per due motivi. In primo luogo, la possibilità di rinviare sul punto ad un vero classico — *Repräsentation* di Hasso Hofmann — finalmente disponibile in un italiano più comprensibile del tedesco involuto e criptico dell'originale (2). In secondo luogo, l'intenzione e l'obiettivo di abbracciare un piano di quotidianità pubblicistica, dai servitori del principe al *fare* dello Stato: di abbracciare quindi il versante giudiziale ed amministrativo delle funzioni subordinate. Mentre la rappresentanza evoca immediatamente il tema della unità politica e della sua rappresentazione come totalità: « un qualcosa — per citare la *Verfassungslehre* di Carl Schmitt — che va al di là di qualsiasi incarico o funzione ». Al contrario, la giurisdizione, interamente neutralizzata già alla fine del Settecento, e pure « la cura degli affari », l'amministrazione, non « rappresentano e concretizzano il principio spirituale dell'esistenza politica » (3). Esulano quindi dalla rappresentanza politica, come già del resto prescrive una celebre norma della Costituzione francese del 3 settembre 1791 (4).

Soltanto la rappresentanza, intesa nel senso civilistico di sostituzione, intersecherà dunque più volte il nostro itinerario.

Anche delimitato al piano delle sole funzioni subordinate, il tema dell'agire per il principe, più tardi in nome dell'interesse generale, rimane sconfinato, intrecciando problematiche funzionali — la divaricazione tra giustizia e amministrazione, in primo luogo (che lascerò sullo sfondo) —, nonché una serie di specifiche ed indivi-

(2) Il riferimento è ad H. HOFMANN, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin, 2003⁴, trad. it. di C. Tommasi ed *Introduzione* di G. DUSO, *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2007, pubblicato come volume 72 della "Biblioteca" che affianca questi *Quaderni*.

(3) C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, trad. it. a cura di A. CARACCILO, *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 280, in un passo attentamente discusso da Hofmann nella *Introduzione* al volume appena ricordato (spec. pp. 9 e ss).

(4) È l'art. 2 del titolo III: « La Nazione, dalla quale emanano unicamente tutti i poteri, può esercitarli unicamente mediante delega. La costituzione francese è rappresentativa: i rappresentanti sono il Corpo legislativo e il re ».

dualissime declinazioni organizzative, che richiederebbero analisi differenziate per ogni diverso contesto istituzionale, così disperse da farci perdere il senso e la prospettiva di quella comparazione diacronica sulla lunga durata che stiamo ricercando e che può essere di qualche utilità.

Mi limito quindi a fissare soltanto alcuni punti generalissimi lungo una linea che scandisco cronologicamente in modo molto tradizionale: Stato giurisdizionale di Antico Regime - Rivoluzione - Stato di diritto maturo.

2. *Stato giurisdizionale di Antico regime: l'esempio di uno Stato "fiscal-militare".*

All'inizio del Seicento è ancora un passo di Callistrato — già ampiamente utilizzato da Bodin ⁽⁵⁾ — ad orientare la riflessione dei giuristi sul complesso ed articolato universo degli *Offices*: « Honor municipalis est administratio Reipublicae cum dignitatis gradu » (D.50, 4, 14) ⁽⁶⁾. Ma è poco più di un luogo letterario. Negli assetti pubblicistici del potere la contiguità del presente con le declinazioni giustinianee è minima. Charles Loyseau, nel primo decennio del '600, adatta il concetto classico in una definizione che costituisce un vero ossimoro tra elementi antichi e modernissimi: l'*office* è « dignité avec fonction publique » ⁽⁷⁾.

Bodin ha già elaborato un preciso *arbor officiorum* suddividendo il pubblico apparato in due grandi categorie formali — l'*office* (l'incarico ordinario e permanente) e la *commission* (l'incarico straordinario e revocabile *ad nutum*) ⁽⁸⁾. Bodin ha pure introdotto categorie essenziali per decrittare le diversità funzionali che contraddistinguono i membri dell'apparato del principe. La definizione

⁽⁵⁾ J. BODIN, *I sei libri dello Stato* (1576), trad. it. a cura di M. Isnardi Parente e D. Quaglioni, vol. II, Torino, Utet, 1988, L. III, cap. III, *Dei magistrati*, p. 128, p. 130.

⁽⁶⁾ Ch. LOYSEAU, *Cinq livres du droit des offices*, in ID., *Les Oeuvres*, Paris, Targa, 1640, I, I, p. 13.

⁽⁷⁾ *Ibidem*.

⁽⁸⁾ BODIN, *I sei libri dello Stato*, vol. II, cit., L. III, cap. II, *Degli ufficiali e dei commissari*, pp. 75 ss.

di *magistrat* come « l'officier qui à puissance en la République de commander »⁽⁹⁾ offre un ulteriore elemento distintivo tra magistrati investiti di comando e semplici ufficiali ministeriali ed economici. Bodin infine ha calato il *magistrat* all'interno di un ferreo involucro giustiziale: il potere di comando consegue sempre ad un potere di giudicare⁽¹⁰⁾.

Non c'è dubbio: lo *ius publicum europaeum* se non “consistit in sacris et sacerdotibus” (ormai strettamente in mano al diritto canonico), “in magistratibus consistit”. È intorno agli aiutanti del principe — e qui la risalente ipotesi di Le Bras sulle « origines canoniques »⁽¹¹⁾ di tanta parte del diritto pubblico moderno andrebbe ripresa — che la dicotomia pubblico-privato comincia, dopo le tubanze dei Culti, ad assumere quella consistenza che consentirà alla fine del '600 a Domat di intitolare espressamente al *Droit public* la « suite des Loix civiles dans leur ordre naturel »⁽¹²⁾.

Loyseau s'inserisce nella scia di Bodin, non modificandone l'inelaiatura giuridica di fondo, ma offre al tempo stesso un ritratto di straordinaria vivezza della realtà corporata del tempo⁽¹³⁾, in una trilogia dedicata agli *offices*, ma anche agli *ordres* e alle *seigneuries*, a quella gerarchia sociale e a quella dimensione feudale che il giurista francese vede come principali elementi differenziali rispetto alle *dignitates* di epoca classica.

⁽⁹⁾ Ivi, L. III, cap. III, p. 108.

⁽¹⁰⁾ Condensiamo in estrema sintesi la lettura di L. MANNORI, *Per una “preistoria” della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XIX (1990), in part. pp. 381-92, sulla cui base sono state ricostruite le forme del comando nello Stato giurisdizionale, in L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 47 ss.

⁽¹¹⁾ G. LE BRAS, *Les origines canoniques du droit administratif*, in *L'évolution du droit public. Etudes offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 395 ss.

⁽¹²⁾ J. DOMAT, *Le droit public, suite des Loix civiles dans leur ordre naturel* (pubblicato postumo nel 1697), ed. Paris, Durand, 1777, tm. II, pp. 108 ss., che intitola il libro II a *Des officiers, et autres personnes qui participent aux fonctions publiques*.

⁽¹³⁾ L'opera di Loyseau viene infatti ampiamente utilizzata nel classico lavoro di R. MOUSNIER, *Le gerarchie sociali dal 1450 ai nostri giorni*, a cura di E. Rotelli, Milano, Vita e pensiero, 1984.

Il « *fureur d'offices* » ⁽¹⁴⁾ — la dilatazione del numero degli uffici — dipende certo dalla circostanza che il Re non può esercitare di persona tutte le potestà; né può essere dappertutto. Ma il « *fureur d'offices* » è essenzialmente il risultato del diffondersi a macchia d'olio della venalità delle cariche: una divergenza radicale rispetto al modello delle antiche repubbliche eppure di una così assoluta effettività da orientare qualsiasi descrizione del presente ⁽¹⁵⁾.

La « *puissance publique des officiers* » discende per delega, « *immédiatement du Prince* » ⁽¹⁶⁾, ma l'oggettivizzazione è strettamente limitata alla legittimazione del potere subordinato di comando — quel mistero di legittimazione che consente al “*petit Sergeant*” di comandare un “*grand Seigneur*” ⁽¹⁷⁾ —. La *fonction* è infatti strettamente legata alla *dignité*: e l'ufficio assume un inconfondibile tratto soggettivo, diventa qualità permanente ed inerente la persona. Interesse del principe ed interesse corporato si intrecciano in un viluppo inestricabile. « *Usager et administrateur de la justice* » l'*officier* è allo stesso tempo « *propriétaire et usager de son office* » ⁽¹⁸⁾ e dall'*office* trae quella *dignité* che è essa stessa elemento essenziale ed indisponibile della complessa gerarchia sociale esistente.

Anche per questo, le magistrature non verranno mai oggettivizzate, in antico regime, in una unitaria “organizzazione” giudiziaria o amministrativa. Persino in un testo che pure segna una tappa decisiva nella realizzazione di uno stile di giudicatura uniforme, come l'ordinanza sulla giustizia civile di Luigi XIV del 1667, non si può fare a meno di elencare la pluralità disordinata di organi giurisdizionali vincolati al rispetto del provvedimento ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁴⁾ LOYSEAU, *Cinq livres du droit des offices*, cit., III, I, p. 281, all'inizio del capitolo dedicato alla « *venalité des offices* ».

⁽¹⁵⁾ Ivi, I, I, p. 15, in un passo in cui, sin dalle pagine introduttive dell'opera, si riconosce alla venalità la capacità di orientare l'intero *droit des offices*.

⁽¹⁶⁾ Ivi, I, VI, p. 63.

⁽¹⁷⁾ LOYSEAU, *Cinq livres du droit des offices*, cit., I, VI, p. 64.

⁽¹⁸⁾ Ivi, II, I, p. 181.

⁽¹⁹⁾ *Ordonnance civile touchant la réformation de la justice*, avril 1667, tit. I, art. 1, in ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Paris 1822-1833, t. XVI, p. 105.

Non solo: subito al di là della pluralità dei corpi, regi o signorili, investiti di giurisdizione, si erge la vera e propria muraglia dei soggetti privilegiati, della *noblesse de robe*, ormai saldamente ereditaria, che li compone. Una muraglia spesso invalicabile per la monarchia, che rinunciando in partenza a sostituirla, cercherà con alterni risultati ora di metterla a reddito, ora di aggirarla attraverso la diffusione delle commissioni e lo sdoppiamento degli apparati, tratto tipico dalla guerra dei Trent'anni in poi degli Stati fiscal-militari dell'antico regime continentale.

Giustizia delegata e giustizia ritenuta, lettera di provvigione e lettera di commissione, delega permanente e commissione revocabile (*tel qu'il plait au Roi*), *officiers* e *commissaires*: la meccanica sociale dell'assolutismo è limitata a questa dialettica, pur significativa. L'agire per il principe presuppone incarichi permanenti o temporanei, ma ha sempre tratti marcatamente soggettivi: proprio per questo deve innestarsi nella struttura corporata esistente e, per garantirsi una diffusione sul territorio, non può fare a meno di estese deleghe in proprietà di ceto. Lo stesso "secondo" apparato — composto da commissari e non da ufficiali —, a tacer della sua pochezza numerica, stenta ad oggettivizzarsi e si nasconde, invisibile, dietro la stessa figura del principe che riprende in prima persona, nella sua veste di titolare primigenio di ogni giurisdizione e di giudice di ultima istanza di tutto l'ordinamento, certi compiti strategici, specialmente di *finance* e di *police* ⁽²⁰⁾.

Del resto, « cosa sarebbe diventata la più bella monarchia del mondo se i magistrati con le loro lentezze, coi loro reclami, con le loro preghiere, non avessero arrestato il corso delle stesse virtù dei suoi sovrani [...] » ⁽²¹⁾? Non sono « i poteri intermedi, subordinati e dipendenti » a costituire la natura del governo monarchico, i « canali mediani per i quali scorre il potere » ⁽²²⁾? Per Montesquieu, ancora nel 1748, non c'erano dubbi. L'immagine di Etienne

⁽²⁰⁾ Cfr. MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 102 ss.

⁽²¹⁾ Ch-L. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, vol. I, Torino, Utet, 1996, V, 10, p. 134, *Della prontezza dell'esecuzione nelle monarchie*.

⁽²²⁾ Ivi, II, 4, pp. 77-78, *Dei rapporti delle leggi con la natura del governo monarchico*.

Pasquier, tratteggiata ai tempi di Enrico IV, dell'alambicco in cui scorre la fonte della legge ⁽²³⁾, non sembra ancora così remota.

Può dunque sembrare contraddittorio che, sempre intorno al 1750, Vincent de Gournay, l'economista cui tradizionalmente ⁽²⁴⁾ si fa risalire la paternità dell'espressione *laissez faire, laissez passer* e che è riuscito a far penetrare il nuovo messaggio liberista in un santuario del mercantilismo come il *Bureau de commerce* ⁽²⁵⁾, conii il termine, allora nuovissimo, di *bureaucratie*.

Si tratta di una contraddizione solo apparente: la parola precede di gran lunga la cosa. Quel termine ha infatti al suo sorgere una fortissima valenza critica e polemica, fungendo da vero e proprio collettore ora delle critiche di stampo fisiocratico alla mania di voler tutto regolare, che spingeranno qualche anno dopo Turgot a stendere l'*Eloge de Vincent de Gournay* ⁽²⁶⁾, ora invece delle critiche che da Mirabeau a Necker stigmatizzano proprio l'uso sempre più frequente da parte della monarchia di quegli apparati commissari che pesantemente controllano la tradizionale organizzazione delle magistrature.

Il lessico si aggiorna, ma la dialettica istituzionale passa ancora dal confronto tra giustizia delegata e giustizia ritenuta.

⁽²³⁾ « Or en ceste France, que les loi prennent leur source et origine du Roy, comme les eaux du grand Océan, si n'ont-elles vogues entre nous qu'elles n'aient passé premièrement l'alambic de la Cour de Parlement, de la Chambre des Comptes et de la Cour des Aides, selon la diversité de leurs fonctions »: E. PASQUIER, *Oeuvres*, Amsterdam, 1723, cit. in M. FUMAROLI, *L'âge de l'éloquence: rhétorique et res literaria de la Renaissance au seuil de l'époque classique*, Genève, Droz, 1980, p. 430. L'immagine è stata recentemente valorizzata da A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 299.

⁽²⁴⁾ E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, tm. I, Paris, Gallimard-Hachette, 1961, p. 1315, voce *Bureaucratie*.

⁽²⁵⁾ Cfr. P. MINARD, *La fortune du colbertisme, Etat et industrie dans la France des Lumières*, Paris, Fayard, 1998, pp. 10 ss.; pp. 264 ss.

⁽²⁶⁾ A.-R.-J. TURGOT, *Eloge de Vincent de Gournay*, 1759, in *Œuvres de Turgot et documents le concernant*, a cura di G. Schelle, I, Paris, Alcan, 1913 (rist. anast. Glashütten im Taunus, Auvermann, 1972), pp. 595 ss. Per un inquadramento dell'incubazione lessicale settecentesca nel percorso moderno del lemma burocrazia, si può vedere B. SORDI, *Burocrazia (profili storico-concettuali)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica de Il Sole 24 Ore*, Milano, 2007, vol. II, pp. 620-32.

3. *Stato giurisdizionale di Antico regime: l'esempio di uno Stato regionale.*

In contesti lontani dalla forte monarchia amministrativa di oltralpe, l'agire per il principe conserva invece, ancora a Settecento avanzato, tratti marcatamente oligarchico-repubblicani. Penso in particolare al ritratto, efficacissimo, che Pompeo Neri offre nella sua *Relazione sulle magistrature fiorentine* (27). Imborsazioni, tratte, squittinii continuano a costituire criteri di selezione decisivi per tante magistrature fiorentine, dalla giustizia civile e criminale, alle finanze, al buon governo: pernio di una nobiltà civile cui ancora vanno le simpatie politiche di Neri. Persino nel nucleo più prettamente giurisdizionale — *Ruota fiorentina* esclusa —, i magistrati che non sono legali sono moltissimi. Le istituzioni del principato si sono installate al vertice dell'antica Signoria, ma non hanno neppure tentato di estirpare le sovrastrutture repubblicane delle magistrature subordinate: la « molteplicità e nella maggior parte l'inutilità delle magistrature fiorentine » (28) per Neri dipendono essenzialmente da questo motivo.

Neppure in questo caso comunque il principato è stato uno spettatore passivo: ha « incatenato » i « magistrati civici » con « assessori perpetui per gli affari di giustizia » e di « provveditori perpetui per gli affari economici », completando l'organizzazione con « cancellieri e altri ministri subalterni perpetui, i quali ufficiali, benché in figura di subalterni, hanno sempre dominato e fatto dipendere dal loro arbitrio le operazioni dei magistrati medesimi »: ridotti presto a « simulacri di un'autorità lasciata ad essi rappresentare ma non esercitare » (29).

Contro questo inestricabile intreccio tra passato repubblicano ed obliqua strategia del principato, il grido di guerra lanciato da

(27) La *Relazione*, redatta nei primi mesi del 1745 e quindi ripresa e parzialmente integrata nel 1763, si legge comodamente in appendice al volume di M. VERGA, *Da "cittadini" a "nobili". Lotta politica e riforma delle istituzioni nella Toscana di Francesco Stefano*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 569 ss.

(28) P. NERI, *Relazione seconda sopra gli articoli della magistratura e governo di Firenze che richiedono qualche provvidenza*, *ivi*, p. 677.

(29) *Ibidem*.

Richecourt nell'ottobre 1737, al momento dell'arrivo dei Lorenesi in Toscana — « Changer toutes les magistratures, refondre les lois »⁽³⁰⁾ — sembra preconizzare trasformazioni epocali.

Ma niente di tutto questo avverrà e non solo per debolezza progettuale o politica o per l'affollarsi delle resistenze del patriziato e del territorio. Il riformismo leopoldino, che ammicca alla fisiocrazia e porta con sé un nuovo e prepotente criterio di legittimazione al potere pubblico, quello della proprietà, certamente eversivo degli equilibri tradizionali tra « riseduti e nobiltà », conseguirà traguardi ben diversi da quelli della Reggenza lorenese. Modificherà, pezzo a pezzo, le “magistrature fiorentine” secondo tecniche più apertamente progettuali e più incisive rispetto all'approccio mediceo e lorenese: eppure, continuerà a seguire scrupolosamente l'intelaiatura esistente. E questo, sia che si cerchi di aggiornare la giustizia e l'amministrazione del principe; sia che si affronti — su di un tavolo davvero significativo di riforma — il mondo dell'auto-amministrazione e delle magistrature cittadine in particolare⁽³¹⁾.

Anche la realtà di uno Stato regionale che sta divenendo nel secondo Settecento un incubatore, particolarissimo, delle riforme, ci fa vedere che la muraglia delle magistrature si restaura, si ritocca, si trasforma dall'interno, ma non si abbatte. Gli esiti degli interventi possono essere e sono in effetti diversi da quelli dei paesi a più alto tasso di statualizzazione, dalla Francia alla Spagna, dalla Prussia all'Austria, dove l'itinerario di modernizzazione si affida, secondo la logica dello sdoppiamento degli apparati, ad un nuovo apparato commissario affiancato alle magistrature esistenti.

Forme e modi diversi di esercizio della giurisdizione e di governo del territorio, che non è possibile qui indagare in dettaglio e che discendono in larga misura dai modelli progettuali di riferimento e

(30) Il *Plan des changemens à faire en Toscane*, nel quale era contenuta la frase nel testo, venne allegato da Emmanuel Nay de Richecourt ad un dispaccio a Francesco Stefano di Lorena del 29 ottobre 1737. È conservato in Archivio di Stato di Firenze, *Reggenza*, filza 12, cc. 135-37. Sulle prospettive riformatrici della Reggenza lorenese essenziale il ricordato volume di Marcello Verga, pp. 91 ss.

(31) Sui modelli, percorsi ed esiti del riformismo leopoldino si può vedere il nostro lavoro, *L'amministrazione illuminata. Riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldina*, Milano, Giuffrè, 1991.

dall'essere quei contesti istituzionali inseriti o meno in una logica fiscal-militare ed in una politica di potenza.

In entrambi i casi troviamo però la conferma che le magistrature, cui si affida l'agire del principe, fanno parte integrante ed intangibile della *constitution ancienne*, fosse questa quella cetuale-assolutistica della società corporata dei grandi Stati fiscal-militari, oppure quella ancora intrisa di nobiltà civile degli Stati regionali a matrice cittadina, e rappresentano un limite intrinseco dello spazio di manovra dell'assolutismo illuminato e delle sue stesse basi di legittimazione.

4. *Rivoluzione.*

Il cambio di passo della Rivoluzione, da questo punto di vista, è impressionante. Rispetto ai delicati dosaggi dell'assolutismo, anche di quello più illuminato, colpisce l'archiviazione, d'un colpo, sin dall'agosto del 1789, dello Stato patrimoniale e della monarchia amministrativa; l'abolizione della venalità e dell'ereditarietà delle cariche, ma anche dei commissari del principe. Lo sdoppiamento degli apparati, il rapporto ora conflittuale ora collaborativo tra ufficiali e commissari, che per oltre due secoli ha scandito la vita istituzionale della monarchia, scompare all'improvviso, travolto dal vortice della frattura rivoluzionaria.

Colpisce pure il riconoscimento che la dichiarazione già fissa, all'art. 6, sull'uguale ammissibilità di tutti i cittadini a « tutte le dignità, posti, ed impieghi pubblici secondo la loro capacità, e senz'altra distinzione che quella della loro virtù e dei loro talenti ». È il precipitato del principio di uguaglianza e dell'imporsi del nuovo lessico dell'individualismo giuridico; il precipitato di quella legge che deve essere ormai « la *même pour tous* ». I varchi timidamente aperti in alcuni settori di particolare complessità tecnica dalle *grands écoles* settecentesche (*Ponts et chaussées*, *Mines*) si dischiudono, per l'intera funzione pubblica, nella predisposizione di una *carrière ouverte aux talents* ⁽³²⁾. Quei talenti che, di lì a poco,

⁽³²⁾ S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione. Il principio del merito e la*

l'adozione pressoché generalizzata del modello elettivo di designazione di giudici e amministratori, metterà comunque a dura prova.

Ciò che più di tutto colpisce, però, nella vicenda rivoluzionaria, è la scoperta dell'organizzazione: l'improvvisa disponibilità dell'organizzazione e della funzione pubblica, assunta nella sua pienissima generalità, come oggetto di potere costituente.

È l'organizzazione — termine nuovissimo e sconosciuto all'antico regime ⁽³³⁾ —, l'organizzazione giudiziaria, l'organizzazione dei corpi amministrativi, l'organizzazione del ministero, ... quella che la Rivoluzione — sin dalla stessa intitolazione dei suoi provvedimenti ⁽³⁴⁾ — mette in cantiere. Non un semplice intervento su quello o quell'altro aiutante del principe. E neppure un intervento sistematico e generale sulle magistrature: dagli *offices* si è ormai passati ai *poteri*, alla “trinità costituzionale”, come efficacemente intitola l'ultimo libro di Bartolomé Clavero ⁽³⁵⁾.

Ed il passaggio è appunto scandito dalle *lois organiques*, da una vera e propria meccanica sociale che, sulla superficie tutta uguale disegnata dalle “forbici da geometra” della Costituente, tutto può costruire, tutto può edificare. E qui, in questa radicale riscrittura delle funzioni e dell'organizzazione pubblica, si gioca in gran parte

stabilità degli impiegati, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, pp. 18-19, che opportunamente mette in luce le radici settecentesche del principio, ma anche i diversi approdi napoleonici in un contesto ormai caratterizzato dalla piena burocratizzazione degli apparati.

⁽³³⁾ E.W. BOECKENFÖRDE, *Organ, Organismus, Organisation, politischer Körper*, in O. BRUNNER-W. CONZE-R. KOSELLECK (a cura di), *Geschichtliche Grundbegriffe*, IV, Stuttgart, Klett-Cotta, 1978, pp. 561 ss.

⁽³⁴⁾ Emblematici, tra i primi, decisivi, testi normativi della Rivoluzione, il *Décret sur l'organisation judiciaire* del 16-24 agosto 1790; il *Décret concernant l'organisation des corps administratifs* del 15-27 marzo 1791; il *Décret relatif à l'organisation du ministère* del 27 aprile-25 maggio 1791. In altri celebri casi (municipalità, assemblee primarie, assemblee amministrative, divisione del territorio) i provvedimenti che disegnano la nuova organizzazione delle funzioni pubbliche vengono intitolati alla *constitution des municipalités* (14 dicembre 1789) o alla *constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives* (22 dicembre 1789), attuata in questo caso in parallelo alla *nouvelle division du royaume* in dipartimenti, distretti, cantoni.

⁽³⁵⁾ B. CLAVERO, *El Orden de los Poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Madrid, Trotta, 2007.

la capacità della Rivoluzione di divenire vera e propria rivoluzione istituzionale.

L'invenzione dell'interesse generale (ancora il nodo della rappresentanza che abbiamo lasciato in disparte); la drastica separazione tra giustizia e amministrazione; l'uniformità maniacale di organi, compiti, funzioni, ne saranno i frutti più noti e corposi.

A monte, c'è però qualcosa di ulteriore che incide sulla stessa tipologia statale: ad accompagnare il cammino della libertà, si schiera un formidabile dispiegamento della sovranità, sconosciuto a qualsiasi precedente assolutismo, e che fa tramontare definitivamente ed irreversibilmente il vecchio Stato giurisdizionale. La società politica diventa per intero disponibile dal legislatore: nelle sue mani c'è ora un formidabile potere di organizzazione che disegna poteri, crea apparati, assegna funzioni.

Con questo, addebitare alla Rivoluzione gli esiti statualistici ottocenteschi non sarebbe corretto. La Nazione rivoluzionaria è una nazione di cittadini attivi e virtuosi, che si fanno direttamente carico dell'esercizio delle funzioni pubbliche, giurisdizione inclusa. « Il potere giudiziario sarà mal organizzato se dipende, nella sua organizzazione, da una volontà diversa da quella della Nazione; sarà mal organizzato se il popolo non potrà influire in nessun modo sulla scelta dei giudici »: la soluzione elettiva, poi adottata nel decreto sull'organizzazione giudiziaria del 16-24 agosto 1790, è già chiarissima nel rapporto che a nome del Comitato di Costituzione, Nicolas Bergasse presenta all'Assemblea Nazionale il 17 agosto 1789⁽³⁶⁾. E lo stesso potremmo dire per le assemblee amministrative e per gli organi collegiali di dipartimento e di distretto su cui si impianta l'*administration générale de l'Etat* e la direttrice, ora ascendente, ora discendente, che unisce centro e periferia.

La *monarchie républicaine* del 1791⁽³⁷⁾ è vigorosamente antiburocratica: il vincolo alla *volonté générale*, da un lato; la diluizione delle funzioni subordinate in quelle migliaia di cariche elettive che

⁽³⁶⁾ Così Nicolas Bergasse, relatore del primo progetto di riorganizzazione del potere giudiziario, presentato all'Assemblea il 17 agosto 1789, *Archives parlementaires*, t. VIII, Paris, Dupont, 1875, pp. 440 ss.

⁽³⁷⁾ F. FURET-R. HALEVI (a cura di), *La monarchie républicaine: la constitution de 1791*, Paris, Fayard, 1996.

dovevano evitare il risorgere degli antichi corpi giudiziari e amministrativi, dall'altro, cercano di tracciare le linee istituzionali di un corpo politico che, anche organizzativamente, s'immedesima nella Nazione sovrana.

L'antico agire per altri vive una completa riscrittura. Non si agisce più per il principe, nell'esercizio della propria *dignité*, ovvero in esecuzione di una lettera di commissione; si agisce in nome della nazione sovrana, eseguendone la volontà generale in base alla propria virtù e al proprio talento. *Juges e fonctionnaires publics* sono semplicemente « les personnes désignées par le peuple »⁽³⁸⁾ ed investiti da questo di una funzione stabilita per legge.

5. *Stato di diritto.*

La parabola di queste “magistrature popolari” sarà brevissima. Messe in discussione già dal Termidoro saranno definitivamente abolite dal regime napoleonico. La rivincita della burocrazia e, con questa, dei corpi professionali e dei saperi tecnici, è alle porte. Amministrazione e giurisdizione vengono rigidamente statualizzate, separate dalla società civile, affidate a professionisti ed esperti del diritto, ormai del tutto privi di qualsiasi legittimazione di tipo elettivo. Nella giurisdizione è anche il momento del ritorno dei grandi corpi giudiziari, della “ricomposizione” del mondo della *robe*, di vecchi e nuovi notabili.

Se la svolta napoleonica non è aliena dal risorgere, nascosto, di nuovi interessi corporati, anche sul piano teorico la progressiva burocratizzazione dell'apparato non si traduce immediatamente in una spersonalizzazione di funzionari, compiti, funzioni. Ancora Romagnosi, come ci ricorda Mannori⁽³⁹⁾, continua ad utilizzare la classica distinzione antica tra attività pubbliche “delegate” e “riservate” (« *Superior [...] civitatem regit [...] partim per se, partim per alios* »).

Anche nella letteratura francese, dalla Monarchia di Luglio al

⁽³⁸⁾ Bergasse, 17 agosto 1789, *Archives parlementaires*, t. VIII, cit., p. 445.

⁽³⁹⁾ L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, II, *La scoperta del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 77-83.

Secondo Impero, resiste l'immagine della delega di una porzione del potere statale e la manualistica continua ad essere popolata di una moltitudine di *agents d'exécution*, di *fonctionnaires publics*: quella moltitudine che rappresenta, ancora agli occhi di un giurista come Vivien, « les rouages qui reçoivent le mouvement et le transmettent à la machine de l'Etat, les canaux par lesquels passent les bienfaits d'un gouvernement stable et régulier, les forces animées qui donnent la vie aux résolutions abstraites des grands pouvoirs » (40).

Aveva dunque ben visto Giannini in una celebre voce dell'*Enciclopedia del diritto*: come *Leitbegriff* della dottrina dello Stato, « il concetto di organo appare tardi: nell'ultimo quarto del secolo passato, nella giuspubblicistica di lingua germanica. Si diffuse rapidissimamente, ma in modo che si direbbe babilonico » (41).

Non è possibile qui rifare il percorso analitico tra le fonti: lo ha compiuto egregiamente, anni fa, Alberto Massera in un volume prezioso che coniugava insieme itinerari dell'organo e della persona giuridica (42).

Certo, occorre che si avvii — da Gerber (43) in poi — la costruzione dogmatica dello Stato come persona giuridica perché si arrivi a sostenere che « lo Stato, per manifestare la sua volontà come per raggiungere i suoi fini, in generale, abbisogna di *organi* ». Cito dai *Principii di diritto amministrativo* di Orlando (44), il primo a importare la nozione, con taglio sistematico, nel diritto pubblico italiano.

(40) A.-F.-A. VIVIEN, *Etudes administratives*, Paris, Guillaumin, 1852², vol.I, p. 169.

(41) M.S. GIANNINI, *Organi (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 37.

(42) A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, Giuffrè, 1986.

(43) « Già nella rappresentazione dello Stato come organismo è implicita l'idea che esso debba avere certi organi nel cui agire si realizza la volontà della sua persona »: C.F. VON GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Dresden, 1880 (I ed. Leipzig, 1865), trad. it. a cura di P.L. Lucchini, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in *Id.*, *Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1971, § 24, p. 149.

(44) V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, Barbera, 1892², § 63, p. 46.

L'anno seguente nel *System* di Georg Jellinek si legge: « dietro gli organi non vi è alcun'altra persona, ma essi sono lo Stato medesimo in quanto manifesta la sua volontà. Lo Stato può ordinare soltanto per mezzo dei suoi organi; se si elimina l'idea di organo si dilegua anche la figura dello Stato »⁽⁴⁵⁾.

Ufficiali e commissari, giudici e funzionari all'improvviso spariscono dalle pagine dei giuristi: al loro posto si installa una rigida unità soggettiva, una pluralità di organi, che è sì articolata e ramificata, ma allo stesso tempo saldamente unitaria ed in grado di abbracciare capillarmente tutte le manifestazioni di potere pubblico (corpi locali compresi).

Scrivono Ranelletti nel 1909: « tutta quanta l'attività che lo Stato esplica, come formazione e manifestazione della volontà e come attuazione della medesima, per il raggiungimento dei suoi scopi, sia nella funzione giuridica, che in quella sociale, è il risultato del concorso dell'attività di una pluralità di organi »⁽⁴⁶⁾.

Ed organi dello Stato ben possono essere a loro volta enti morali ed enti istituzionali: la nozione di *autarchia* copre con un rigido mantello e riunifica nella persona giuridica dello Stato ogni manifestazione di rilevanza pubblicistica all'interno dell'ordinamento.

La teoria dell'organo — « tutto è in essa incerto, compresa l'ammissibilità stessa della figura »⁽⁴⁷⁾ — nasce per un'esigenza semplice ed imprescindibile: l'esigenza di rappresentare lo Stato come unità e come unità nettamente separata dal sociale.

È questo il costo elevato della spersonalizzazione e dell'oggettivazione di compiti e funzioni. Non esistono più rappresentanti o delegati del Re; esistono soltanto organi. Ogni intermediazione tra lo Stato e la società viene abolita. La metafora organicistica ha il solo scopo di immedesimare completamente ufficio ed ente, organo

⁽⁴⁵⁾ G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1912, trad. it. a cura di V.E. Orlando, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, Società editrice libraria, 1912, pp. 246-47.

⁽⁴⁶⁾ O. RANELLETTI, *Gli organi dello Stato (concetto, natura, rapporti)*, in « Rivista di diritto pubblico », I, 1909, ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, a cura di E. Ferrari e B. Sordi, tm. I, *Lo Stato*, Napoli, Jovene, 1992, p. 285.

⁽⁴⁷⁾ S. ROMANO, *Organi*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1953 (I ed. 1947), p. 145.

e Stato. L'azione dell'organo non richiede mediazioni di sorta, è imputata direttamente alla persona giuridica dello Stato. « L'organo fa corpo con l'ente » — come scrive incisivamente Santi Romano ⁽⁴⁸⁾ —, consentendo così che gli atti degli organi diventino gli atti dell'ente, riaffermando quell'unità che legittima l'esercizio dei poteri.

La rappresentanza, come sostituzione in nome di altri, è bandita dall'intero piano dell'attività dello Stato; cambiata di segno e divenuta rappresentazione di una totalità viene spostata al solo momento fondativo, di legittimazione — nei tanti modi che ci sono noti — di uno Stato chiamato ad impersonare un popolo stabilmente insediato su di un territorio. Per definizione, l'organo esclude che il suo titolare sia un rappresentante dello Stato: è lo Stato stesso in azione, nella pluralità delle sue manifestazioni ed insieme nell'indivisibilità del suo essere unità organica.

L'organo assolve anche ad una seconda, importante, funzione: rende l'ente cui appartiene capace di agire.

« Lo Stato — scrive ancora Santi Romano — l'ente sovrano, il soggetto superiore ad ogni altro » non può essere raffigurato come una persona incapace, un minore, o un ammalato di mente ». « E per dargli, oltre la c.d. capacità di diritto, la capacità di agire era necessario fornirgli di organi, cioè di elementi che non si limitassero ad agire per lui, ma che lo facessero agire, dandogli la possibilità di far propria, giuridicamente parlando, la volontà e l'azione di individui che fossero, non estranei, ma incorporati nella sua struttura » ⁽⁴⁹⁾.

Il pluralismo dell'antico agire per altri, tutto costruito sull'intricco quasi inestricabile tra monarchia e società corporata, ma anche la Nazione dei cittadini attivi rivoluzionaria, a suo modo costruita su un profondo vincolo tra dimensione sociale e dimensione politica, e persino l'amministrazione statalizzata del periodo napoleonico, in cui il "fluido elettrico", che dal centro immediatamente raggiunge la periferia, pur sempre scorre tra soggetti incarnati, la-

⁽⁴⁸⁾ Ivi, p. 147.

⁽⁴⁹⁾ Ivi, p. 148.

sciano il posto ad una « dinamicità unitaria dello Stato »⁽⁵⁰⁾, che non consente articolazioni sociali diverse da quelle immedesimate nel soggetto statale e che si traduce in un rigidissimo monopolio del politico.

All'interno della persona giuridica dello Stato non esiste più un agire per altri: c'è solo unità ed immedesimazione. Alla base della teoria organica c'è un presupposto indispensabile: la completa immedesimazione dell'organo con l'ente.

L'unico pluralismo possibile è il pluralismo degli organi, lo stesso che offre il proprio contenuto all'unità dello Stato. E proprio per questo, l'organo costituisce « la figura fondamentale della dinamica giuridica dei pubblici poteri » e risulta sempre il « frutto di una sutura », un « momento di comunicazione » e di « sintesi giuridica » tra società e Stato⁽⁵¹⁾.

Coglie quindi nel segno la critica assiomatica — recentissima — di Luigi Ferrajoli: la concezione organicistica riconosce soltanto soggetti artificiali, persona giuridica ed organi, nei quali esaurisce il rapporto organico e dimentica « le persone in carne ed ossa dei funzionari », cadendo in un equivoco di tipo logico⁽⁵²⁾. Ma l'equivoco è un prezzo del formalismo ed è storicamente spiegabile: sono proprio quelle persone fisiche e naturali — i governanti degli approcci realistici — quelle che dovevano essere nascoste dalla costruzione giuridica dello Stato.

Certo è che, al di là degli organi, tutto il resto è giuridicamente invisibile e questo spiega perché le tematiche organizzative, che pure sull'onda di Frederick Winslow Taylor e di Henri Fayol investono pesantemente anche gli apparati pubblici, continuano ad es-

⁽⁵⁰⁾ G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1986, p. 203, ma tutto il paragrafo dedicato a « La persona giuridica e l'organo: unità e pluralità dello Stato » (pp. 199 ss.), che condensa anni di ricerche dell'autore su questo tema, è fondamentale per la comprensione delle antinomie celate nel rapporto organico. Di Giorgio Berti, nella prospettiva che qui interessa, si veda almeno, anche *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 11/12, 1982-83, tm. II, pp. 1001-1033.

⁽⁵¹⁾ BERTI, *Diritto e Stato*, cit., pp. 209-10.

⁽⁵²⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 615.

sere considerate non giuridiche; e così pure le relazioni interorganiche. Mentre la letteratura sugli impiegati, prende anch'essa, prestissimo, strade non giuridiche, salvo quel poco che al sistema interessa, dai rapporti di impiego alla rilevanza penalistica dei delitti contro la pubblica amministrazione. La stessa etica pubblica è un tema pressoché sconosciuto ai nostri grandi.

Quanto ha resistito questo monolitico ed all'apparenza inespugnabile baluardo? Oggi, possiamo vederlo chiaramente: assai poco.

L'unicità della persona giuridica statuale e la rigida immedesimazione degli organi nell'ente sono evenienze ottocentesche. Già Kelsen nega drasticamente contro Laband che il Parlamento possa definirsi organo del Reich e lo definisce organo della società, *Zwischenbau* tra Stato e società⁽⁵³⁾, inaugurando una dialettica tra organi della persona giuridica ed organi comunitari che arriva sino ai nostri manuali di diritto costituzionale.

Policentrismo, disaggregazione amministrativa, entificazione degli interessi pubblici più disparati, intervento crescente dei privati nell'esercizio delle funzioni pubbliche, struttura reticolare dell'organizzazione hanno fatto il resto, incrinando, già tra le due guerre, e ben presto dissolvendo, una unità amministrativa che ancora a Santi Romano — pure il giurista più consapevole della “semplificata perdita”⁽⁵⁴⁾ — appariva irrinunciabile.

Lo Stato contemporaneo, apparato complesso quant'altri mai, ha cessato da tempo, ancor prima delle aperture sovranazionali e degli squarci, piccoli o grandi, del diritto globale, di essere persona, interamente risolta nella pluralità dei suoi organi, riducendosi a mero aggregato di una pluralità, spesso addirittura scomposta, di figure giuridiche soggettive.

(53) H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911 (rist. della II ed., Tübingen, 1923, Aalen, Scientia, 1960), cap. XIV, pp. 395 ss. Con l'approdo alla concezione dinamica, l'identificazione tra Stato ed ordinamento e la dimostrazione delle insostenibile analogia tra lo Stato (creazione del diritto) e l'organismo naturale ridurranno progressivamente il problema degli organi, come tramite di una relazione normativa, da un lato a problema di imputazione, dall'altro a questione di mera unità finanziaria (*Kostendeckungsverband*).

(54) L'espressione, particolarmente evocativa, intitola un denso capitolo del volume di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 119 ss.

Non stupisce quindi che lo Stato arena sia stato costretto a riscoprire antiche forme dell'agire per altri.

EZEQUIEL ABÁSULO

LA DIALÉCTICA ENTRE CODIFICACIÓN Y PERVIVENCIA
DE LA CULTURA JURÍDICA INDIANA EN UN AMBIENTE
SIGNADO POR LA AUSENCIA DE UNIVERSIDAD:
EL PARAGUAY DE LOS LÓPEZ (1841-1870) (1)

1. Introducción. — 2. Situación jurídica del Paraguay con posterioridad a la independencia. — 3. La modernización jurídica bajo el gobierno de los López. — 4. La pervivencia de la tradición jurídica india. — 5. Consideraciones finales.

1. *Introducción.*

En este artículo examino un momento de la historia jurídica paraguaya que entiendo particularmente intenso, como que en él se dio la coexistencia de criterios normativos dominantes durante el período hispánico con otros nuevos, identificados con la modernidad (2). En el fascinante tránsito que culminó con el imperio de la codificación y de los estándares vinculados a ella — que pueden sintetizarse, esquemáticamente, en el triunfo de un derecho secularizado, sustancialmente liberal, dotado de estructura sistemática, sancionado por el Estado, identificado con la ley, y aplicable sólo

(1) Este artículo se integra en la línea de investigación que llevo adelante en la Universidad Católica Argentina y del proyecto que relativo a la pervivencia de la cultura jurídica india compartó en el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (Buenos Aires) con el profesor José María Díaz Couselo.

(2) Atento a que ya me he referido en otras oportunidades al marco teórico que preside mis indagaciones sobre la pervivencia del derecho indiano durante el siglo XIX, me remito a lo que indiqué sobre el particular en « La Cultura Jurídica Indiana en el tránsito hacia la codificación: debates e ideas en el Congreso Argentino (1862-1869) », trabajo incorporado a las Actas del XVº Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, celebrado en Córdoba (España) en septiembre de 2005.

en un ámbito nacional determinado —, entiendo que en función de sus características peculiares, el principal aporte del estudio de la experiencia paraguaya consiste en confrontar la solidez de las hipótesis de trabajo puestas en juego para evaluar otras manifestaciones del pasado jurídico rioplatense ⁽³⁾. Derivada, como la argentina y la uruguaya, de la misma raíz hispano indiana — la cual, a su vez, no fue sino la manifestación americana de los métodos y criterios del fértil *ius commune* ⁽⁴⁾ —, la vida jurídica paraguaya previa a la tremenda fractura que provocó la derrota en la Guerra de la Triple Alianza ⁽⁵⁾ se tejió, en parte con fibras propias, en parte con los aportes provenientes de otras realidades rioplatenses, sobre todo de la bonaerense ⁽⁶⁾. Provisto para mi análisis de las piezas inéditas y

⁽³⁾ Se alude a la singularidad de la historia jurídica paraguaya en Alejandro GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pág. 457. En cuanto a uno de los motivos del carácter 'especial' que tuvo el derecho paraguayo del siglo XIX, téngase presente que obtenida la emancipación de España muy rápidamente a comienzos de la década de 1810, el Paraguay se mantuvo casi completamente aislado hasta el fallecimiento del dictador José Gaspar Rodríguez de Francia, acaecido en 1840.

⁽⁴⁾ Eduardo MARTIRÉ, « Algo más sobre Derecho Indiano (entre el *ius commune* medieval y la modernidad) », en *Anuario de Historia del Derecho Español* (Madrid), t. LXXIII (2002), pág. 245. Víctor Tau Anzoátegui, por su parte, dice — en la pág. 581 de su trabajo « El derecho indiano en su relación con los derechos castellano y común », incluido en Bartolomé Clavero, Paolo Grossi y Francisco Tomás y Valiente [eds.], *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán, Giuffrè Editore, t. II — que el *ius commune* actuó como 'elemento constitutivo' del derecho indiano.

⁽⁵⁾ Tras el desastre que significó la guerra, el Paraguay adoptó en 1870 una constitución emparentada con la Argentina de 1853-60, e hizo propio el código civil de Vélez Sársfield por ley de 19 de agosto de 1876. Asimismo, a partir de la ley de 21 de noviembre de 1883 en el país se aplicó el código de procedimientos civiles y comerciales que la provincia de Buenos Aires aprobó en 1880. Algo semejante aconteció, sucesivamente, con los códigos de comercio argentinos de 1862 y 1889, con el código penal, con el código de procedimientos penales, y con el código rural para la provincia de Buenos Aires. Cfr. Luis P. FRESCURA Y CANDIA, *Introducción a la ciencia jurídica (estudios fundamentales de doctrina y legislación)*, segunda edición ampliada, Asunción del Paraguay, 1984, vol. I, págs. 191, 210 y 213. Juan José SOLER, « La recepción del derecho argentino en el Paraguay », en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (Universidad de Buenos Aires), año VII, n.º 29 (mayo-junio de 1952), págs. 423 a 439.

⁽⁶⁾ Al respecto, además de la natural gravitación que ejercieron los abogados paraguayos que formados en la Universidad de Buenos Aires e integrados en la llamada

de las copias de documentación que se custodian en el Archivo Nacional de Asunción, ofrezco una perspectiva sobre la dialéctica entre pervivencia y renovación jurídicas que se desplegó en el corazón de Sudamérica a mediados del siglo XIX.

2. *Situación jurídica del Paraguay con posterioridad a la independencia.*

Tras la independencia, el Paraguay no se apartó de la antigua cultura jurídica indiana. Tanto fue así que la aspiración de consagrar la autonomía del poder judicial — manifestada en 1814 — no prosperó, y que la justicia siguió impartándose tal como se venía haciendo durante el período hispánico ⁽⁷⁾. Vale decir que continuó integrando uno de los ramos de la administración, junto al gobierno, la guerra y la hacienda ⁽⁸⁾. Empero, lo señalado no implica afirmar que durante la larga dictadura de José Gaspar Rodríguez de Francia (1814-1840) no se produjeran cambios en el derecho vigente ⁽⁹⁾, sino que se trató de simples superposiciones dispuestas por

“legión paraguaya” ocuparon sitios expectables en la administración de la posguerra, entiendo que esta historia de orígenes comunes y contactos sostenidos constituyó la causa central de la fenomenal recepción del derecho argentino que se operó en el Paraguay durante el último tercio del siglo XIX. Respecto del particular discrepo tanto con lo que Soler dice en la página 423 de su artículo citado, como con lo que afirma Carlos Alberto González — en « El proceso legislativo paraguayo (desde la colonia hasta comienzos del siglo XX) », *Index. Quaderni Camerti di Studi romanistici* (Napoli), n° 14 (1986), pág. 175 — en cuanto el último de los nombrados sostiene que para mediados del siglo XIX « la influencia de Buenos Aires aún no se hacía sentir » en el derecho paraguayo.

⁽⁷⁾ Cfr. el mensaje de los cónsules a los diputados del congreso; Asunción, 24 de noviembre de 1842. Archivo Nacional de Asunción, Colección José Doroteo Bareiro sobre los López, t. II, foja 72.

⁽⁸⁾ Algo semejante sucedió en la Argentina de la época, como lo destaca José María Díaz COUSELO en « La tradición indiana y la formación del derecho argentino », artículo publicado en *Temas de Historia Argentina y Americana* (Buenos Aires, Universidad Católica Argentina), n° 7 (julio-diciembre de 2005), pág. 60 y sigs.

⁽⁹⁾ Guido RODRÍGUEZ-ALCALÁ, *Justicia penal de Francia*, Asunción, RP Ediciones, 1997, pág. 11. Véase también la pág. 26. En cuanto al tipo de gobierno impulsado por

motivos muchas veces circunstanciales ⁽¹⁰⁾. Además, éstas sólo alteraron tangencialmente los criterios y estándares jurídicos aceptados durante el período hispánico. Así, por ejemplo, si mediante decreto de 1814 se modificó el régimen matrimonial vigente en el Paraguay, la novedad respondió, antes que nada, a un objetivo político preciso: diluir el prestigio social de los peninsulares residentes en el país. En efecto, la regulación en cuestión se redujo a prohibir que los varones europeos pudiesen contraer legítimas nupcias con « mujer americana conocida y reputada por española » ⁽¹¹⁾.

Lo anterior significa que entre 1810 y 1840 la práctica forense paraguaya mantuvo los rasgos que la caracterizaban a finales del período hispánico ⁽¹²⁾, si bien con el agregado de que el ejercicio de la justicia se vio afectado por la peculiar situación política del país. Al respecto puede traerse a colación la situación de un abogado como Mariano Antonio Molas, quien terminó preso en 1828 por haber asumido la defensa en juicio de algunos integrantes de la familia Urdapilleta, mal considerada por el dictador Francia ⁽¹³⁾. Casi completamente huérfana de la presencia de letrados, la vida tribunalicia guaraní posterior a la emancipación continuó adhiriendo a los mecanismos intelectuales que los operadores jurídicos de las Indias españolas habían aceptado durante siglos. Atento lo referido, no sorprende que en un expediente un defensor de naturales, luego

Francia, puede verse Pierangelo CATALANO, *Modelo institucional romano e independencia: República del Paraguay 1813-1870*, Asunción, Comuneros, 1986.

⁽¹⁰⁾ Refiriéndose a la superposición normativa que tuvo lugar en toda la América española independiente, véase Bernardino BRAVO LIRA, « Pervivencia del derecho común en Hispanoamérica. El derecho indiano después de la independencia. Legislación y doctrina ». En Bernardino BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989, pág. 314.

⁽¹¹⁾ Se reproduce el decreto mencionado en Barbara POTTHAST, ¿« Paraíso de Maboma » o « País de las mujeres »? *El rol de la familia en la sociedad paraguaya del Siglo XIX*, Asunción, Instituto Cultural Paraguayo-Alemán, 1996, pág. 69.

⁽¹²⁾ En cuanto a lo dicho, véase lo que explico en « Encuadramiento militar y letrado de la administración en la periferia del Imperio. El Paraguay en la época de Carlos IV ». En Eduardo MARTIRÉ [coord.], *La América de Carlos IV. Cuadernos de investigaciones y documentos*, t. I, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2006.

⁽¹³⁾ Guido RODRÍGUEZ-ALCALÁ, ob. cit., pág. 87.

de invocar la « extrema rusticidad, crasa ignorancia de las leyes penales, y reglas de los moralistas » de los encartados, recurriese a los prestigios del arbitrio judicial — implícitamente disciplinado por el saber de los juristas ⁽¹⁴⁾ —, y solicitase al magistrado interviniente que usase « de alguna equidad, e indulgencia compatible con la recta administración de justicia » ⁽¹⁵⁾.

Entiendo que en el Paraguay independiente fue la ausencia de expertos forjados en las aulas de las altas casas de estudio — totalmente ausentes del país, salvo por el caso del español Alejandro García Díez ⁽¹⁶⁾ —, y no un planteo teórico formal adverso, lo que provocó el abandono de la pretensión, tan cara a los Borbones españoles, de implementar una justicia técnico letrada ⁽¹⁷⁾. Lo anterior significa que tanto en lo referido a la tarea de juzgar como a la de auxiliar a las partes, los estrados guaraníes quedaron en manos de meros papelistas. Así, mientras que el ejercicio de la judicatura se concedió a simples « idóneos » ⁽¹⁸⁾, los prácticos — no pocos de los cuales eran clérigos, como el presbítero Bartolomé Amarilla,

⁽¹⁴⁾ En cuanto al papel del saber de los juristas en la delimitación del arbitrio, véase Massimo MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giurici in età di diritto commune*, Milán, Università di Macerata, 1998, págs. 3, 43 y 53.

⁽¹⁵⁾ « Causa seguida al indio Vicente Araroby por robo ». En Archivo Nacional de Asunción, Sección Civil y Judicial, vol. 1847, n° 8, foja 15 vuelta.

⁽¹⁶⁾ Sandra CROCETTI [dir.], *Nueva Historia del Paraguay*, Asunción, Editorial Hispana Paraguay, 1997, t. IV, pág. 647.

⁽¹⁷⁾ Respecto de la orientación técnico letrada de la justicia borbónica véase Ezequiel ABÁSULO, « Estilo militar de gobierno y disciplinamiento de la administración virreinal rioplatense bajo los Borbones », en *Revista de Historia del Derecho* (Buenos Aires), n° 33 (2005), pág. 51 y sigs.

⁽¹⁸⁾ En cuanto a lo referido, aunque ligeramente posterior al período del cual me ocupo aquí, me parece ilustrativo transcribir un borrador de decreto de los cónsules Carlos Antonio López y Mariano Roque Alonzo, fechado en Asunción el 29 de marzo de 1841, designando a un juez: « Atendiendo a la idoneidad del ciudadano Carlos Montiel lo nombramos juez comisionado del partido de Caapucú su vecindad y Jefe de las compañías urbanas con las prerrogativas anexas a este oficio con facultad de conocer y determinar verbalmente en las causas civiles hasta la cantidad de 50 pesos y también en las criminales que no sean graves con otorgamiento de los recursos que de sus determinaciones y procedimientos interpongan las partes para ante los juzgados ordinarios, debiendo practicar en las causas criminales graves información sumaria y remitirla con los reos a los juzgados ordinarios, o al Gobierno en causas de su conocimiento peculiar [...] podrá en casos urgentes, con expresión de motivos admitir ante sí y testi-

sancionado en 1818 por el gobierno como consecuencia de desempeñar contra derecho « públicamente y de costumbre el oficio de papalista patrocinador de pleitos »⁽¹⁹⁾ — ocuparon todos los espacios imaginables de la vida forense. Refractarios a las expresiones moderadas y a la corrección en el ejercicio de su ministerio, no faltó la oportunidad en la que la autoridad pública reprendió a alguno de ellos con energía tras sindicarlo como reo « de repetidos prevaricatos en los juzgados »⁽²⁰⁾.

Pese a contar, como sus pares bonaerenses de finales del período hispánico, con un muy discreto barniz de conocimientos forenses⁽²¹⁾ el dominio de los papelistas fue tan pronunciado que hasta los funcionarios públicos recurrieron descaradamente a su patrocinio para subsanar su escasa preparación tribunalicia. Tal el caso de un Manuel Flotats, quien cupiéndole fungir como fiscal en una causa mientras que en 1826 se excusó de evacuar una acusación alegando que el expediente sometido a su consideración no se encontraba en su poder sino en el de un papalista particular que había contratado, dos años después solicitó a la superioridad que se le comunicasen « los autos de la materia a instrucción del sujeto de quien por mi ignorancia en estas materias, debo valerme para el exacto desempeño de mi oficio [...] mediante haber fallecido Abezada, que es quien le patrocinó en ella desde el principio, y hallarse

gos con las formalidades de derecho el otorgamiento de testamentos, codicilos, poderes, ventas, permutas y demás contratos públicos que por sus circunstancias no requieren la inspección de la jurisdicción ordinaria con calidad de que las partes presentarán las escrituras originales para registrarse en los protocolos de los juzgados ordinarios ». En Archivo Nacional de Asunción, Colección José Doroteo Bareiro sobre los López, t. I, foja 73.

⁽¹⁹⁾ Decreto de José Gaspar Rodríguez de Francia de 30 de octubre de 1818, reproducido en Alfredo VIOLA [comp.], *Cartas y decretos del Dictador Francia*, t. II, Asunción, Universidad Católica « Nuestra Señora de la Asunción », 1990, pág. 126.

⁽²⁰⁾ Sobre la condena impuesta al español Juan Manuel Zalduendo, privado “del oficio de pluma” poco después del fallecimiento del dictador Francia, véase el decreto de los cónsules Carlos Antonio López y Mariano Roque Alonzo de 16 de marzo de 1841. En Archivo Nacional de Asunción, Sección Nueva Encuadernación, vol. 1902.

⁽²¹⁾ Para la caracterización de los papelistas bonaerenses de finales del período hispánico, véase María Rosa PUGLIESE, *De la justicia lega a la justicia letrada. Abogados y asesores en el Río de la Plata, 1776-1821*, Buenos Aires, Junta de Estudios Históricos de San José de Flores, 2001, pág. 86 y sigs.

el nuevo patrocinante enteramente ajeno del estado y circunstancias de este negocio » (22).

3. *La modernización jurídica bajo el gobierno de los López.*

Tras la muerte del dictador José Gaspar Rodríguez de Francia, acaecida en 1840, el Paraguay cambió radicalmente su orientación política. Bajo la sucesiva dirección de Carlos Antonio López y de su hijo, Francisco Solano, se inició entonces un intenso período de tres décadas que la historiografía califica de « dictadura liberal » (23). Superado el cuarto de siglo de aislamiento decretado por Francia, desde su asiento en la pequeña ciudad de Asunción — que por aquellos días congregaba a unas veinte mil almas — los López aplicaron sus mayores esfuerzos a consolidar el Estado, modernizar la economía e incorporar los productos vernáculos al tráfico internacional (24). Sin abandonar nunca los resortes de una administración que controlaba férreamente, el primer López se caracterizó por un gobierno que combinó el diseño formal de un entramado institucional más o menos acorde al ideario de la modernidad política decimonónica con el efectivo ejercicio de un poder sin límites. En esas circunstancias se interesó por adecuar la normativa superior del país a la preceptiva liberal. Así, mientras que en 1842 declaró la libertad de vientres (25), en noviembre de 1843 se anticipó al reconocimiento de la igualdad formal de los paraguayos mediante la supresión de la defensoría general de naturales (26). La plena admi-

(22) « Causa seguida al indio Vicente Araroby por robo ». En Archivo Nacional de Asunción, Sección Civil y Judicial, vol. 1847, n° 8, fojas 11 vuelta y 29.

(23) Peter SCHMITT, *Paraguay y Europa, 1811-1870*, Asunción, 1990, pág. 25.

(24) Barbara POTTHAST, « Entre lo visible y lo pintoresco: las mujeres paraguayas en la economía campesina (siglo XIX) », en *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas*, n° 40 (2003), pág. 212. Justo PASTOR BENÍTEZ, *Carlos Antonio López (estructuración del Estado Paraguayo)*, Asunción, Carlos Schauman Editor, 1990 (primera edición de 1949), pág. 181 y 232.

(25) Justo PASTOR BENÍTEZ, ob. cit., pág. 207.

(26) Cfr. decreto de los cónsules Carlos Antonio López y Mariano Roque Alonzo, dictado en Asunción el 16 de noviembre de 1843. En Archivo Nacional de Asunción, Colección José Doroteo Bareiro sobre los López, t. II, fojas 256 y 257.

sión de la referida igualdad terminó consagrándose por el artículo 2, título X, de la Ley de Administración Política de la República de marzo de 1844 — también conocida como constitución de 1844 ⁽²⁷⁾ —. Completando esta obra, en 1848 se derogó el status especial de la comunidades indígenas ⁽²⁸⁾. Las sucesivas declaraciones, empero, no necesariamente fueron sinónimo de plenitud de la vida republicana. El mismo presidente lo admitió ante el congreso, en marzo de 1854, al señalar que la separación de poderes en el Paraguay « no ha sido, ni ha podido ser tan cabal y completa, como es necesario para que sea una de las primeras y eficaces garantías públicas » ⁽²⁹⁾.

La renovación del orden jurídico de aplicación cotidiana también interesó a las autoridades paraguayas. En este campo, es posible que lo que primero se destaque sea la derogación de las leyes de Indias, dispuesta por el artículo 72 del Estatuto Provisorio para la Administración de Justicia de 24 de noviembre de 1842 en función de su presunta incompatibilidad « con nuestra existencia política libre e independiente » ⁽³⁰⁾. Entiendo, sin embargo, que esta decisión no resultó tan trascendente como en apariencia podría parecer. Repárese bien en el hecho de que el Estatuto citado sólo habla de las « leyes de Indias », y no del « derecho indiano » en general. No se trata de una sutileza menor. Por el contrario. Quiere decir que lo único que se dejaba sin efecto era esa porción del derecho aplicado en las antiguas Indias españolas que como muy bien lo había caracterizado Rodrigo de Aguiar y Acuña en 1628, al prologar sus *Sumarios*, era « casi todo [...] político y de gobierno ». De allí que esta medida, que fue dictada en función de un objetivo de política exterior, viniese inmediatamente acompañada por otra, in-

⁽²⁷⁾ Alfredo VIOLA, *Cárceles y otras penas. Época de Carlos Antonio López*, Asunción, Fondo Nacional de la Cultura y las Artes, 2004, pág. 45.

⁽²⁸⁾ Barbara POTTHAST, ¿« Paraíso de Maboma » o « País de las mujeres »?...?, ob. cit., pág. 77.

⁽²⁹⁾ Mensaje del Excelentísimo Señor Presidente de la República del Paraguay, Carlos Antonio López, a la Representación de la Nación; Asunción, 14 de marzo de 1854. En Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 310, n° 12, foja 25.

⁽³⁰⁾ Cfr. la versión paleográfica del citado estatuto — efectuada por Idalia FLORES DE ZARZA —, en *Historia Paraguaya* (Asunción), vol. XVIII (1981), pág. 347.

serta en el artículo 73, en virtud de la cual se mantuvo la expresa vigencia de lo que podríamos denominar la *parte castellana* del derecho indiano — integrada, entre otras, por las *Partidas* y la *Recopilación* de 1567 —, que regulaba vastas áreas del derecho privado, penal y procesal.

Amén de lo expresado, merece atención el interés que entonces despertó la codificación. Respecto de esta materia, el ya recordado artículo 73 del Estatuto preveía, con bastante imprecisión, por cierto, la futura sanción de códigos locales. Sin embargo, al igual que los demás estados iberoamericanos, en el Paraguay las boyantes expectativas iniciales sobre lo sencillo que sería codificar también colisionaron con dificultades abrumadoras. Los códigos, en definitiva, no llegaron a redactarse en el tiempo de los López. En esta materia, empero, tuvo lugar otra decisión importante, posiblemente inspirada por el artículo 22 del reglamento provisorio de administración de justicia dictado el 2 de agosto de 1842 en la lindera provincia argentina de Corrientes. Éste había admitido como derecho vigente el código de comercio español de 1829 ⁽³¹⁾. Así las cosas el 16 de enero de 1846, teniendo en cuenta la necesidad de « establecer una legislación positiva y especial, que determine las obligaciones y derechos, que proceden de los actos de comercio sobre bases de justicia y conveniencias mercantiles », se dispuso que en el Paraguay los actos y transacciones comerciales se rigiesen « por las disposiciones de los libros 1º, 2º, 3º y 4º del Código de Comercio de España, mandado observar en aquella monarquía en 30 de mayo de 1829, en cuanto no fuere promulgada la legislación de esta República; y en todo aquello que no contraríe sus leyes especiales, o no discordare del sistema de organización y administración comercial de ella » ⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ Se reproduce en Abelardo LEVAGGI, *Orígenes de la codificación argentina: los reglamentos de administración de justicia*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1995, pág. 203. En cuanto a la aplicación del código de comercio español en la región, me remito a lo que digo en mi trabajo “Modelo perfecto. El código de comercio español de 1829 en los debates y las prácticas jurídicas rioplatenses de mediados del siglo XIX”, de próxima publicación.

⁽³²⁾ En Archivo Nacional de Asunción, Colección José Doroteo Bareiro sobre los López, t. IV, fojas 81 a 83.

El tránsito a la modernización jurídica del Paraguay exigió, además, cambiar de raíz el tipo de administración de justicia. Dicho de otro modo, requirió sustituir al *juez perfecto* indiano que, como hechura local del magistrado de la cultura del *ius commune* apoyaba sus decisiones en el arbitrio ⁽³³⁾, por un juez ceñido a los textos legales ⁽³⁴⁾. A tono con el referido criterio, el Estatuto Provisorio para la Administración de Justicia, suscripto por los cónsules López y Alonzo el 24 de noviembre de 1842, dispuso, en su artículo 69, que « todos los asuntos definitivos o con fuerza de tales » que pronunciasen el juez superior de apelaciones y los jueces de lo civil y criminal debían ser « motivados por la aplicación de las leyes vigentes a los hechos, haciéndose expresa mención de las unas y los otros », cláusula que se integró con el artículo 2, título I, de la constitución de 1844, que confería al congreso nacional la autoridad exclusiva para interpretar las leyes ⁽³⁵⁾. Formales principios cimeros del nuevo orden guaraní los testimonios forenses de época nos remiten, empero, al cumplimiento menos que parcial de estas exigencias ⁽³⁶⁾.

Ahora bien, las autoridades paraguayas no sólo sancionaron reglas de alcance general para la judicatura. También se dedicaron a corregir a los jueces en diversas situaciones concretas. Así, v.gr., en 1841 amonestaron al responsable de un proceso criminal por recurrir al arbitrio ⁽³⁷⁾, y un lustro más tarde insistieron en que los magistrados evitasen absolver « en la adivinanza de que [un imputado] no tuvo intención, ni ánimo de matar » y que, en cambio, al fallar se ajustasen « al mérito de los hechos para aplicar los dere-

⁽³³⁾ Cfr. Eduardo MARTIRÉ, *Las Audiencias y la Administración de Justicia en las Indias*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2005, pág. 58 y sigs.

⁽³⁴⁾ Refiriéndose a las características de esta modernización en el caso argentino, véase Víctor TAU ANZOÁTEGUI, “Los comienzos de la fundamentación de las sentencias en la Argentina”, *Revista de Historia del Derecho* (Buenos Aires), n° 10 (1982), pág. 271.

⁽³⁵⁾ En Archivo Nacional de Asunción, Colección José Doroteo Bareiro sobre los López, t. III, fojas 1 a 10.

⁽³⁶⁾ Véase, v.gr., el escrito presentado el 23 de septiembre de 1850 a nombre de Isabel Valenzuela por el defensor general de menores, pobres y esclavos, Marcelino Acosta. En Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 293, n° 7, foja 6.

⁽³⁷⁾ Alfredo VIOLA, *Cárceles y otras penas*, ob. cit., pág. 118.

chos »⁽³⁸⁾. Por su parte, ya en tiempos de su hijo Francisco Solano un medio periodístico próximo al gobierno recomendó a los magistrados el « estudio de las leyes patrias » y el de « nuestros reglamentos que deben ser la pauta de sus procedimientos »⁽³⁹⁾.

Lejos de circunscribirse a los jueces, el disciplinamiento tribunalicio alcanzó a todos los actores del foro. De este modo, en el curso de una causa el presidente de la república sancionó al papealista interviniente « que viene atropellando no sólo a todas las partes, pero también a todas las autoridades que han tenido que entender en esta causa »; mandó testar los « ejemplos impertinentes y excesos de que viene arrestado el escrito hasta sindicar de parcialidad, de incapacidad y falta de estudio al partidador nombrado a conformidad de partes »; y amonestó al juez civil actuante « por haber recibido y providenciado llanamente el papel citado »⁽⁴⁰⁾. En análogo sentido, mediante circular de 25 de marzo de 1854 López resolvió desechar de los estrados « todo escrito picante » o que contuviese « insultos, diatribas o conceptos infamantes entre partes », y admitir « solamente los escritos decentes, y lógicamente contráidos a la cuestión que se ventilase »⁽⁴¹⁾. Además, durante su mandato el Paraguay rescató la antigua pretensión anticipada en las Indias dieciochescas por los Borbones, tendiente a imprimirle mayor carácter técnico letrado a la actividad forense. Por ejemplo, en el mensaje presidencial de 14 de marzo de 1854 quedó claro que la justicia debía ser administrada por expertos que hubiesen « hecho de la aplicación de las leyes, un estudio particular, y una larga práctica ». Sin embargo, en la misma ocasión Carlos Antonio López la-

⁽³⁸⁾ Decreto de Carlos Antonio López de 21 de abril de 1846. En Archivo Nacional de Asunción, Colección José Doroteo Bareiro sobre los López, t. IV, foja 142.

⁽³⁹⁾ Véanse los artículos “Los jueces de paz” y “Administración de Justicia”, publicados en *El Semanario de Avisos y Conocimientos Útiles* (Asunción), 4ta. época, año X, n° 471 del sábado 2 de mayo de 1863, pág. 3, y n° 476 del sábado 6 de junio de 1863, pág. 2, respectivamente. En Archivo Nacional de Asunción, copias de microfilms.

⁽⁴⁰⁾ Decreto de Carlos Antonio López de 5 de septiembre de 1845, dictado en la causa seguida a María de la Cruz Hurtado. En Archivo Nacional de Asunción, Colección José Doroteo Bareiro sobre los López, t. III, foja 262.

⁽⁴¹⁾ Alfredo VIOLA, *Cárceles y otras penas...*, ob. cit., pág. 107.

mentó que por aquel entonces el país careciese de estos « hombres especiales » (42).

Ahora bien, la pretensión de sustituir a unos jueces caracterizados por « su notoria ignorancia y falta de práctica » (43) obligó al gobierno a ocuparse de la formación de los futuros juristas locales. En cuanto a lo dicho, téngase presente, sin embargo, que el Paraguay recién contó con universidad transcurridos varios años desde el final de la guerra de la Triple Alianza (1865-1870) (44). Limitadas eran, entonces, las condiciones para desarrollar localmente una enseñanza jurídica de carácter superior. Así, apenas a partir de abril de 1859, tras la puesta en funcionamiento del Seminario Diocesano, Asunción contó con una cátedra dedicada a la enseñanza del derecho canónico (45). Con estos antecedentes, no nos resulta tan extraña la audaz decisión que el Congreso Nacional aprobó en 1844, en el sentido de enviar a Inglaterra y a Francia varios jóvenes, algunos de los cuales debían dedicarse a estudiar derecho. El proyecto, empero, no fructificó a causa de que la medida recién se llevó a la práctica en 1858 — con el envío de cuatro jóvenes a las islas británicas, entre los cuales estaba Gaspar, uno de los hijos de Carlos Antonio López, con el objeto de cultivar, entre otros saberes, el derecho inglés —, y que en 1863 se ordenó el retorno de los estudiantes a la patria (46).

Al margen de pensar en la formación de operadores jurídicos en el extranjero, ante « la falta de capacidades civiles para elevar a

(42) Mensaje del Excelentísimo Señor Presidente de la República del Paraguay, Carlos Antonio López, a la Representación de la Nación, cit., foja 25.

(43) Decreto de Carlos Antonio López de 28 de agosto de 1844. En Archivo Nacional de Asunción, Sección Criminal, vol. 13, n° 52, foja 92.

(44) En *100 años de la Universidad Nacional. Trayectoria y esperanzas*, Asunción, 1989, págs. 13 y 41, Ubaldo Centurión Morinigo explica que fue mediante ley de 12 de julio de 1882 que se creó una escuela de derecho, anexa al colegio nacional, institución que, como embrión de la universidad guaraní, quedó a cargo del abogado paraguayo Benjamín Aceval, nacido en 1845 y graduado en Buenos Aires. Tras un fracaso inicial, la escuela reabrió sus puertas en 1888.

(45) Carlos Antonio HEYN SCHUPP SDB, *Iglesia y Estado en el Paraguay durante el gobierno de Carlos Antonio López (1841-1862). Estudio jurídico-canónico*, Asunción, Biblioteca de Estudios Paraguayos, 1982, págs. 160 y 161.

(46) Peter SCHMITT, ob. cit., págs. 37 y 88.

la República al rango a que la llama su posición, y el destino » el gobierno también impulsó la creación de instituciones educativas en el país. Así, en noviembre de 1841 resolvió la creación de una Academia Literaria. Menciono este emprendimiento, en apariencia ajeno a lo forense, porque en la cátedra de Bellas Letras de esta institución — que quedó a cargo del presbítero José Joaquín Palacios — se incluyó el dictado de una conferencia semanal sobre « los derechos y deberes del hombre social »⁽⁴⁷⁾. Derivación de este encargo fue la redacción, en agosto de 1843, de un brevísimo *Tratado* sobre el tema, el mismo que constaba de treinta y seis fojas y que a la fecha permanece inédito. Entre los más descollantes componentes modernos de esta obrita cabe aludir a su simpatía respecto del juicio por jurados como garantía popular ante la eventual arbitrariedad de los magistrados; a su censura para con las leyes relativas a privilegios, gremios y fijación de jornales, sindicadas como contrarias a la prosperidad; a su consagración de la independencia del poder judicial y de la responsabilidad de los magistrados como « principios primordiales de Administración de Justicia »; a su insistencia en que los jueces aplicasen « expresa y terminantemente la ley »; y a su recomendación de que los juzgados se adjudicasen a « letrados, si los hubiere »⁽⁴⁸⁾.

Casi una década después, mediante decreto de 15 de marzo de 1850 las autoridades fueron más allá, y dispusieron la creación de una Escuela de Derecho Civil y Político. Vale la pena recordar que en lo atinente a la enseñanza de la parte civil se decidió adoptar « por texto para las lecciones » las *Instituciones del derecho real de España* que redactó el guatemalteco José María Álvarez, aunque indicándose expresamente que en la enseñanza paraguaya debía utilizarse la edición que Dalmacio Vélez Sársfield había preparado en Buenos Aires quince años atrás⁽⁴⁹⁾. Por otra parte, al término del

(47) Decreto de los cónsules Carlos Antonio López y Mariano Roque Alonzo creando la Academia Literaria; Asunción, 30 de noviembre de 1841. En Archivo Nacional de Asunción, Colección José Doroteo Bareiro sobre los López, t. I, fojas 233 y 234.

(48) Cfr. Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 258, n° 4, fojas 16 vuelta, 17 vuelta, 29 y 30.

(49) En Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 291, n° 4, foja 13.

gobierno de Carlos Antonio López cobró vida un valioso fruto del esfuerzo particular. Se trató de la cátedra privada de práctica forense que regentó en la capital Zenón Rodríguez⁽⁵⁰⁾. Sospecho que ésta funcionó bajo la inspiración de las academias de jurisprudencia establecidas en la América española a partir del reinado de Carlos III.

4. *La pervivencia de la tradición jurídica indiana.*

Expresión normativa de lo que Fernando de Trazegnies podría considerar modernización tradicional⁽⁵¹⁾, el derecho que los López pretendieron transformar quedó minado por un sinnúmero de instituciones y prácticas del antiguo régimen. En este sentido, creo que más interesante que advertir que los decretos del gobierno republicano respondían a la mecánica de los antiguos bandos hispánicos — tal como se observa con el Reglamento de Policía dictado el 27 de junio de 1842⁽⁵²⁾ —, es verificar la subsistencia de taxonomías jurídicas que se daban de bruces con la igualdad consagrada por la normativa pretendidamente liberal. Al respecto, mientras que en lo relativo al mantenimiento de la autoridad paterna siguió imperando el empleo de la categoría « hijos de familia »⁽⁵³⁾, los campesinos, por su parte, continuaron invocando los beneficios inherentes al

⁽⁵⁰⁾ Justo PASTOR BENÍTEZ, ob. cit., pág. 226.

⁽⁵¹⁾ « La modernidad — explica el Maestro peruano en su artículo “Modernización y derecho”, publicado en *Crónicas de Historia del Derecho* (Lima), n° I (1994), pág. 33 — no es un manto que se echa de una sola vez sobre un país y que hace desaparecer de inmediato todas las formas sociales anteriores. Es, más bien, un proceso que toca desigualmente los distintos aspectos de una sociedad y que penetra a distinto ritmo y con distinto grado de profundidad en las estructuras sociales y en las conciencias. Los valores modernos se van implantando diferentemente en la matriz tradicional y van procreando formas mixtas y complejas: unas veces con predominio de lo nuevo, otras con predominio de lo viejo ».

⁽⁵²⁾ Cfr. Archivo Nacional de Asunción, Colección José Doroteo Bareiro sobre los López, t. II, fojas 10 a 12. Sobre los bandos de buen gobierno indianos, véase lo que Víctor TAU ANZOÁTEGUI dice en su prólogo a *Los bandos de buen gobierno del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo (época hispánica)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2004, pág. 17 y sigs.

⁽⁵³⁾ Cfr. decreto de 27 de junio de 1842 sobre policía. En Archivo Nacional de

privilegio del rústico ⁽⁵⁴⁾. Las contradicciones, incluso, podían llegar a ser flagrantes. Tal la que aparece en un decreto de 16 de noviembre de 1843, en el que después de advertirse categóricamente que el defensor general de pobres no debía « hacer distinción de colores de los insolventes », se aclara que el funcionario en cuestión intervendría en el patrocinio de los necesitados « expresando el color y clase a que pertenecen » ⁽⁵⁵⁾.

Ahora bien, ¿qué nos indican estas primeras comprobaciones? Que la modernización jurídica impulsada por los López, más que una superación del antiguo derecho indiano ligado al *ius commune*, no pasó de ser una renovación coyuntural, imbricada en el entramado jurídico tradicional. Por cierto, para arribar a esta conclusión no sólo me apoyo en el reconocimiento de la vigencia del antiguo derecho — dato que, por cierto, no es menor —. En este sentido, no se olvide lo que ya he señalado, vale decir que el artículo 73 del Estatuto Provisorio para la Administración de Justicia dictado por los cónsules el 24 de noviembre de 1842 atribuía carácter de derecho positivo a « las leyes de Castilla, las de las Partidas y las de Toro con lo que no digan oposición a nuestras leyes patrias y mientras la República no sancione sus códigos » ⁽⁵⁶⁾. Tampoco se inclina mi ánimo ante la observación de que tal como sucedió en España y en Argentina, el término « código » también se aplicó promiscuamente en el Paraguay para referirse a los cuerpos legales del antiguo derecho castellano ⁽⁵⁷⁾. De análoga manera, no me parece de-

Asunción, Colección José Doroteo Bareiro sobre los López, t. II, fojas 10 a 12. Decreto de 8 de marzo de 1843 sobre el arreglo del departamento de policía, citado en Alfredo Viola, *Cárceles y otras penas*, ob. cit., pág. 29.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. el argumento expuesto por Estefanía Rojas en Archivo Nacional de Asunción, Sección Civil y Judicial, vol. 1852, transcripto parcialmente en Barbara POTHAST, ¿« Paraíso de Mahoma » o « País de las mujeres »?, ob. cit., pág. 158, nota 62.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. decreto de los cónsules Carlos Antonio López y Mariano Roque Alonzo, dictado en Asunción el 16 de noviembre de 1843; en Archivo Nacional de Asunción, Colección José Doroteo Bareiro sobre los López, t. II, fojas 256 y 257.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. la ya mencionada versión paleográfica del estatuto, pág. 347.

⁽⁵⁷⁾ La decisión del tribunal eventual constituido por Francisco Valle, Pedro Guillermo Pérez y Marcelino Acosta, dictada en Asunción el 18 de mayo de 1849, se refiere, v.gr., a “los códigos de las *Partidas* y *Recopilación de Castilla*”. En Archivo Nacional de Asunción, Sección Civil y Comercial, vol. 1382, n° 1, foja 169 vuelta. En

cisivo en este punto verificar que los paraguayos de entonces solían guardar entre sus papeles privados copias manuscritas de disposiciones regias ⁽⁵⁸⁾, y remitirse en sus escritos forenses a varios instrumentos legales de la vieja España. Es verdad que, en cuanto a lo señalado en último término, los testimonios resultan contundentes. Jueces y partes recurrían una y otra vez a las *Siete Partidas* ⁽⁵⁹⁾, a la *Nueva Recopilación* de 1567 ⁽⁶⁰⁾, a las *Ordenanzas de Bilbao* de

cuanto a la práctica española de identificar a las *Partidas* con un código, véase Bartolomé CLAVERO, «La idea de código en la Ilustración jurídica», en *Historia. Instituciones. Documentos* (Sevilla), n° 6 (1979), pág. 50 y sigs. Respecto a la aplicación argentina de este uso, pueden consultarse las págs. 17 y 18 de mi trabajo «La cultura jurídica indiana en el Estado de Buenos Aires. Un examen de la cuestión a partir de los diarios de sesiones de la legislatura porteña (1852-1861)», en *Revista de Historia del Derecho* (Buenos Aires), n° 32 (2004).

⁽⁵⁸⁾ Por ejemplo, se sabe de la transcripción para uso particular del título 10, tratado 8, de las Ordenanzas militares de Carlos III (1768). Cfr. Milda RIVAROLA, «El código encontrado», *Historia Paraguaya* (Asunción), vol. XLIV (2004), pág. 481 y sigs.

⁽⁵⁹⁾ Se cita la ley 12, título 14, *Partida* 3, en la apelación al juez superior que el defensor general de menores, pobres y esclavos, Marcelino Acosta, presentó a nombre de Justa Pastora en Asunción el 14 de septiembre de 1850; en Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 293, n° 7, foja 45. Se invocan las leyes 21, título 16, *Partida* 3; 7 y 26, título 2, *Partida* 7, y 5, título 8, *Partida* 7, en el escrito presentado el 27 de octubre de 1848 por el defensor general de menores, pobres y esclavos, Francisco de Paula Riera, en autos «José Chueí e Isidora Coenes por homicidio»; en Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 284, n° 17, foja 7. Hay una referencia a las leyes 1, título 11, y 5, título 15, de la *Partida* 5, en el escrito presentado el 1° de septiembre de 1847 al juez superior de apelaciones, Alvarenga, por Pedro Vicente Caudavilla; en Archivo Nacional de Asunción, Sección Civil y Comercial, vol. 1382, n° 1, foja 129. Guido Rodríguez-Alcalá, ob. cit., pág. 31, remite a un escrito en el que se alude a la ley 8, título 1, *Partida* 7. Se mencionan las leyes 26, título 1, y 7 y 9, título 31, de la *Partida* 7, en el escrito presentado el 3 de marzo de 1847 por el defensor general de menores, pobres y esclavos, José María Montiel, en autos «Francisco Avalos y otros»; en Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 357, n° 3, foja 4. Se invocan las leyes 4 y 5, título 8, *Partida* 7, en el escrito presentado el 23 de noviembre de 1848 por el defensor general de menores, pobres y esclavos, Francisco de Paula Riera, en autos «Mariano del Carmen Blanco por homicidio»; en Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 284, n° 17, foja 12. Hay fundamentación en la ley 2, título 19, *Partida* 7, en el escrito que el agente fiscal Alejandro García interpuso el 18 de enero de 1851 en la causa «Vicente Barciro»; en Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 279, n° 19.

⁽⁶⁰⁾ Se pretende el beneficio de la caución juratoria de pagar a mejor fortuna con

1737 ⁽⁶¹⁾, y hasta a la *Novísima Recopilación* de 1805 ⁽⁶²⁾. En cuanto a este tema, permítaseme un breve excurso: atento al sostenido uso del cuerpo normativo alfonsino durante la época de los López no me sorprende que un decreto de 10 de marzo de 1870 — que fue una de las primeras medidas adoptadas por las autoridades paraguayas de posguerra — consagrara un orden de prelación normativo en el que las *Siete Partidas* gozaban de un rango preferente a la *Recopilación Castellana* y a las *leyes de Toro* ⁽⁶³⁾.

Volviendo al tema central de nuestro asunto, sígo preguntándome: si los argumentos a los que remití antes no resultan satisfactorios, ¿cuáles podrían considerarse convincentes? Lo primero en lo que debemos detenernos es en el examen de la literatura de uso cotidiano, veta que, como muy bien señala Bernardino Bravo Lira, proporciona índices sugerentes sobre la pervivencia de la cultura jurídica indiana durante el siglo XIX ⁽⁶⁴⁾. En este campo percibo que a diferencia de lo que sucedía al mismo tiempo en el resto de

fundamento en la ley 7, título 20, libro 4, de la *Recopilación Castellana*, en el escrito presentado el 6 de febrero de 1846 al juez superior de apelaciones, Alvarenga, por Pedro Vicente Caudevilla; en Archivo Nacional de Asunción, Sección Civil y Comercial, vol. 1382, n° 1, fojas 98 y 99 vuelta. En un escrito de 1° de septiembre de 1847 el mismo litigante remite a la ley 2, título 16, libro 5, de la *Nueva Recopilación*; cfr. el expediente ya citado, foja 129. Por su parte el decreto de Carlos Antonio López de 7 de junio de 1844 menciona la ley 7, título 22, libro 8, del mismo cuerpo legal; cfr. Archivo Nacional de Asunción, Colección José Doroteo Bareiro sobre los López, t. III, foja 55.

⁽⁶¹⁾ En el marco de un concurso de acreedores se citan las leyes del capítulo 17 de las *Ordenanzas de Bilbao*. Véase Archivo Nacional de Asunción, Sección Civil y Comercial, vol. 1382, n° 1, « Pedro Vicente Caudevilla. Concurso de acreedores », fojas 5, 6 y 9.

⁽⁶²⁾ Hay referencias a la ley 5, título 3, libro 10, de la *Novísima Recopilación*, en el escrito presentado por el defensor general de menores, pobres y esclavos, José María Montiel, a nombre de Saturnina del Pilar Barreyro y otras, fechado en Asunción el 10 de junio de 1847; en Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 357, n° 3, foja 30. Por otra parte, se alude a la ley 2, título 28, libro 12, de la *Novísima*, en el escrito que el presbítero Santiago Esteban Narváez, defensor de Manuel Ayala, interpuso el 13 de octubre de 1854 en la causa « Lorenza Ayala c/ Manuel Rosa Ayala sobre divorcio »; en Archivo Nacional de Asunción, Sección Civil y Judicial, vol. 1340, n° 9, foja 22.

⁽⁶³⁾ Juan José SOLER, *Introducción al derecho paraguayo*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1954, pág. 281.

⁽⁶⁴⁾ Bernardino BRAVO LIRA, « Pervivencia del derecho común en Hispanoamé-

los países del Plata y exceptuando algunas pocas obras, como el *Diccionario* de Escriche ⁽⁶⁵⁾, a consecuencia de su largo enclaustramiento los operadores jurídicos del Paraguay de los López no se volcaron a una renovación significativa de sus elencos bibliográficos ⁽⁶⁶⁾. Por ejemplo, avanzada la década de 1860 en las columnas de la prensa periódica asunceña todavía aparecían avisos ofreciendo a los abogados no sólo las *Siete Partidas* sino la *Ilustración de la Curia Filípica* efectuada por Domínguez ⁽⁶⁷⁾. Asimismo, estancada en los títulos más caros a la tradición indiana la literatura jurídica de empleo usual en el foro paraguayo rara vez iba más allá de lo elemental. Resultaba, también, que no pocas de las novedades tenían un paradójico sabor añejo. Tal el caso del periodismo genérico abierto a los temas de interés jurídico y forense, el mismo que durante la década de 1850 dio lugar a la reproducción en *El Eco del Paraguay* de algunas causas célebres francesas ⁽⁶⁸⁾ y al seguimiento del sonado pleito criminal incoado en Buenos Aires contra Clorinda Sarracán de Fiorini, acusada de matar a su marido ⁽⁶⁹⁾. En

rica. El derecho indiano después de la independencia. Legislación y doctrina». En Bernardino BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989, pág. 315.

⁽⁶⁵⁾ Se invoca al « moderno y famoso Escriche » en el escrito que Pedro Vicente Caudevilla presentó el 6 de febrero de 1846 al juez superior de apelaciones. En Archivo Nacional de Asunción, Sección Civil y Comercial, vol. 1382, n° 1, foja 98. También se habla de Escriche en la apelación al juez superior presentada el 14 de septiembre de 1850 en nombre de Justa Pastora por el defensor general de menores, pobres y esclavos, Marcelino Acosta. Se conserva en el Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 293, n° 7, foja 42 vuelta.

⁽⁶⁶⁾ Por ejemplo, en lo atinente a los cambios operados en la literatura técnica disponible en el Buenos Aires de la época de Rosas puede consultarse Sandra DÍAZ, « Los libros jurídicos en los avisos de la *Gaceta Mercantil* (1830-1852) », en *Revista de Historia del Derecho* (Buenos Aires) n° 29 (2001).

⁽⁶⁷⁾ Publicado en *El Semanario de Avisos y Conocimientos Útiles* (Asunción), 4ta. época, año X, n° 453 (sábado 27 de diciembre de 1862), pág. 4. En Archivo Nacional de Asunción, copias de microfilms.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. *Eco del Paraguay*, año I, n° 22, jueves 13 de septiembre de 1855; y año II, n° 89, 27 de noviembre de 1856. En *Eco del Paraguay. Periódico político, industrial, comercial y literario, reproducción facsimilar*, Asunción, Fondo Nacional de la Cultura y las Artes — Última Hora, págs. 88 y 355.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. *Eco del Paraguay*, año II, n° 103, 5 de marzo de 1857. En *Eco del Para-*

efecto, en su afán de ilustrar al público este periódico asunceño se volcó a la tarea de reproducir en sus columnas textos tan poco novedosos como *El espíritu de las leyes* de Montesquieu⁽⁷⁰⁾. Una década más tarde, a su vez, fue el turno de la Imprenta Nacional, la cual se decidió a publicar un « interesante trabajo... en obsequio de los señores jueces de la campaña »⁽⁷¹⁾. Se trataba, nada más y nada menos, que de la reedición local de la *Práctica de los testamentos* escrita durante la primera mitad del siglo XVIII por el jesuita Pedro Murillo Velarde. Dicha obra, dada a conocer originalmente en Manila, en 1745, fue reimpressa en varios puntos del orbe hispánico⁽⁷²⁾, incluyendo Buenos Aires en 1792.

Pero esto no es todo. También gravitan otras comprobaciones. Son las que demuestran que pese a la férrea voluntad reguladora que distinguió a los López, éstos no lograron que sus leyes desplazasen al viejo derecho ni a su variopinta integración de fuentes⁽⁷³⁾. Vale decir que completamente privado de abogados de fuste, y ajeno al prestigio que podía brindarle la presencia de una universidad, sin embargo en el Paraguay se mantuvo la convicción de que, aún cuando se excediesen en sus alegaciones⁽⁷⁴⁾, los letrados pro-

guay, ob. cit. Más avanzado para la época, el periodismo forense porteño de entonces también daba cabida a la reproducción de causas célebres, tal como lo indica Alberto David LEIVA en « Del periodismo forense a las revistas jurídicas. Un aspecto en la evolución de la literatura jurídica argentina (1850-1950) », colaboración incluida en Víctor Tau Anzoátegui [ed.], *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, pág. 62.

⁽⁷⁰⁾ Dicha reproducción se inició el 18 de diciembre de 1856 en el *Eco del Paraguay*, año II, n° 92. En *Eco del Paraguay*, ob. cit., pág. 366.

⁽⁷¹⁾ Aviso aparecido en *El Semanario de Avisos y Conocimientos Útiles* (Asunción), 4ta. época, año X, n° 462 (sábado 28 de febrero de 1863), pág. 4. En Archivo Nacional de Asunción, copias de microfilms.

⁽⁷²⁾ Sobre el sostenido éxito de esta obra, véase la presentación de Alberto Carrillo Cázares a Pedro Murillo VELARDE S.J., *Curso de derecho canónico hispano e indiano*, vol. I, Michoacán, El Colegio de Michoacán-Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 15.

⁽⁷³⁾ Formulo esta idea a partir de lo que Paolo GROSSI señala en su *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003, págs. 32 y 33.

⁽⁷⁴⁾ Escrito que Pedro Vicente Caudevilla presentó el 24 de enero de 1845 al juez en lo civil Sánchez. En Archivo Nacional de Asunción, Sección Civil y Comercial, vol. 1382, n° 1, foja 75 vuelta.

porcionaban el mejor auxilio imaginable en las lides forenses (75). Y todavía más. Que, tal como pasará a exponer, los mecanismos intelectuales identificados con la cultura del *ius commune* siguieron reproduciéndose en el Paraguay de mediados del siglo XIX.

Respaldo mi último aserto en varios argumentos.

Primero, que, de análoga manera a lo que aconteció en el Buenos Aires de la época, en el foro asunceño resultó frecuente el empleo de los principios jurídicos acuñados por el derecho común (76). Así, por ejemplo, entre otros brocados se invocaba que « lo que el derecho no prohíbe se entiende permitido » (77); que « cuando la ley no distingue nadie puede distinguir » (78); o que más valía librar al delincuente que castigar al inocente (79).

Segundo, que obedecida y todo, la ley aún no gozaba de plena autonomía. Vale decir que para alcanzar su plenitud todavía necesitaba ser acompañada por una glosa que integrase su sentido con lo interpretado por sus mejores expositores (80).

Tercero, que como ya se dio a entender, el arbitrio de los jueces continuó siendo un mecanismo de empleo frecuente. Concebida la potestad judicial de decidir los pleitos en función de la « re-

(75) Cfr. la apelación presentada el 31 de agosto de 1850 a nombre de Silvestre Romero al juez superior por el defensor general de menores, pobres y esclavos, Marcelino Acosta. En Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 293, n° 7, foja 38 vuelta.

(76) Se ofrece una perspectiva de lo que sucedía en este aspecto en el Buenos Aires posterior a la sanción de la constitución nacional en Abelardo LEVAGGI, « El derecho común en la jurisprudencia de los tribunales de Buenos Aires en la segunda mitad del siglo XIX », en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 15 (1989), pág. 173 y sigs.

(77) Escrito presentado el 6 de febrero de 1846 por Pedro Vicente Caudevilla al juez superior de apelaciones. En Archivo Nacional de Asunción, Sección Civil y Comercial, vol. 1382, n° 1, fojas 98 y 99 vuelta.

(78) Idem ant., foja 97 vuelta.

(79) Cfr. el escrito presentado en Asunción el 13 de enero de 1847 a nombre de Ramón Silvero por el defensor general de menores, pobres y esclavos, José María Montiel. En Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 357, n° 3, foja 13 vuelta.

(80) Lo dicho se refleja en el ya citado escrito que Pedro Vicente Caudevilla presentó al juez superior de apelaciones el 6 de febrero de 1846, foja 98.

gla de equidad »⁽⁸¹⁾, las no raras solicitudes de aplicación del arbitrio⁽⁸²⁾ se legitimaban en el « común sentir de los criminalistas, como es inconcuso en el derecho y su práctica »⁽⁸³⁾.

Cuarto, que, tal como se trasluce en el fragmento documental transcrito en el párrafo anterior, el saber de los juristas seguía erigiéndose en la llave maestra de todo el entramado normativo paraguayo. Ello significa que no se concebía escrito judicial alguno en el que no se aludiese a la « constante y común inteligencia de los jurisconsultos »⁽⁸⁴⁾ más respetables, graves y eruditos, como el maestro Antonio Gómez⁽⁸⁵⁾, cuya opinión, al decir de un contemporáneo, había « sido siempre venerada y seguida »⁽⁸⁶⁾. De análoga manera, para precisar los alcances de la ley 5, título 15, Partida 5, en 1842 un litigante decidió recurrir a los dichos del « práctico moderno Febrero »⁽⁸⁷⁾, autor al que en el curso de otra presentación se calificó como « el mejor y más aplaudido ritualista »⁽⁸⁸⁾. Amén de lo explicado, otro « distinguido jurisconsulto » que invo-

(81) Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 284, n° 17, foja 5 vuelta.

(82) Véase el escrito presentado el 23 de noviembre de 1848 por el defensor general de menores, pobres y esclavos, Francisco de Paula Riera, en autos « Mariano del Carmen Blanco por homicidio ». En Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 284, n° 17, foja 12.

(83) Escrito presentado el 4 de septiembre de 1848 por el defensor general de menores, pobres y esclavos, Juan de la Cruz Goyburu. En Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 284, n° 17, foja 30.

(84) Escrito presentado el 6 de febrero de 1846 por Pedro Vicente Caudevilla, citado, foja 98.

(85) Escrito del defensor general de menores, pobres y esclavos, Francisco de Paula Riera, presentado el 27 de octubre de 1848 en autos « José Chuehí e Isidora Coenes ». En Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 284, n° 17, foja 7.

(86) Escrito presentado el 23 de noviembre de 1848 por el defensor general de menores, pobres y esclavos, Francisco de Paula Riera, en autos « Mariano del Carmen Blanco por homicidio ». En Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 284, n° 17, foja 13.

(87) Escrito presentado al alcalde Caballero en Asunción el 18 de julio de 1842 por Pedro Vicente Caudevilla. En Archivo Nacional de Asunción, Sección Civil y Comercial, vol. 1382, n° 1, foja 17.

(88) Escrito presentado al juez en lo civil Sánchez el 30 de abril de 1844 por Pedro Vicente Caudevilla. En Archivo Nacional de Asunción, Sección Civil y Comercial, vol. 1382, n° 1, foja 49.

caban los escritos forenses era Eugenio Tapia, cuyos textos se tomaban con unción en la medida en que se suponía « que valen más las autoridades de los escritores, que la razón, que Dios ha dado a los hombres »⁽⁸⁹⁾. De análoga manera, en alguna oportunidad se recordó, por ejemplo, que el adulterio se probaba por la reunión de varias presunciones vehementes, como « decían los jurisconsultos »⁽⁹⁰⁾. Dicho de otro modo, en el Paraguay de mediados del siglo XIX se mantuvo sin mengua la primacía de los autores. Tanto fue así que a lo largo de un complejo pleito en el que un deudor invocó generosamente la doctrina de los juristas en su propia ayuda, ni los agriados acreedores ni los integrantes de los poderes públicos participantes en el pleito pensaron siquiera en cuestionar genéricamente su remisión a los autores⁽⁹¹⁾. Lo que en cambio sí podía resultar era que, tal como lo admitía pacíficamente la práctica forense ligada a la cultura del *ius commune*, en un expediente se criticase el empleo de un autor en concreto en cuanto su aplicación a una situación en particular⁽⁹²⁾.

Ahora bien, al margen de los aciertos de los autores, los operadores paraguayos eran conscientes que la remisión al depósito del saber jurídico que ofrecía la doctrina⁽⁹³⁾ debía hacerse respetando ciertas formas y principios. Vale decir que, como quedó asentado en un escrito de la época, se consideraba inadmisibles la cita « en

⁽⁸⁹⁾ Apelación interpuesta el 14 de septiembre de 1850 ante el juez superior a nombre de Justa Pastora por el defensor general de menores, pobres y esclavos, Marcelino Acosta. En Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 293, n° 7, foja 43.

⁽⁹⁰⁾ Apelación interpuesta el 17 de septiembre de 1850 ante el juez superior a nombre de Silvestre Romero por el defensor general de menores, pobres y esclavos, Marcelino Acosta. En Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 293, n° 7, foja 39.

⁽⁹¹⁾ Cfr. Archivo Nacional de Asunción, Sección Civil y Comercial, vol. 1382, n° 1.

⁽⁹²⁾ Puede verse un ejemplo de lo dicho en Apelación interpuesta el 14 de septiembre de 1850 ante el juez superior a nombre de Justa Pastora por el defensor general de menores, pobres y esclavos, Marcelino Acosta. En Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 293, n° 7, foja 42 vuelta.

⁽⁹³⁾ Cfr. Víctor TAU ANZOÁTEGUI, « La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano », en *Revista de Historia del Derecho*, n° 17 (1989), pág. 352.

globo ». En definitiva, las referencias debían ser prolijas, indicando « lugar, página, o número » preciso. Asimismo, también se tenía muy en cuenta el especial valor con la que contaba la *communis opinio doctorum*. Al respecto, puede traerse a colación un caso en el que abonando la importancia de los argumentos vertidos en un escrito anterior un defensor de menores, tras aclarar que había invocado las « legales doctrinas de insignes Autores criminalistas que trae la *Curia [Philípica]*, y más por extenso su ilustrador y continuador Domínguez », insistió en indicar que todos eran « unánimes y conformes »⁽⁹⁴⁾.

5. Consideraciones finales.

A despecho de lo rutilante de la medida, la derogación paraguaya de las *Leyes de Indias* no significó el abandono del derecho hispánico, ni mucho menos el de la cultura jurídica a la que éste adhería. Se trató, simplemente, de un acto dirigido a afirmar la independencia del país, lo cual no invalida en lo más mínimo la idea según la cual una vez producida la emancipación « el derecho vigente en los distintos estados sucesores de la monarquía hispanoindiana siguió siendo básicamente el mismo »⁽⁹⁵⁾. Ahora bien, ¿cómo se puede explicar esta situación? Para mí está claro, aunque la respuesta suene a paradoja. Se debe al peso que los estándares jurídicos del *ius commune* mantuvieron en el Paraguay en su versión hispanoindiana. Soy consciente que se me podría objetar, acaso, la presunta incoherencia de mi afirmación, en la medida en que el *ius commune* es un derecho de juristas, y que en el Paraguay de los López nos encontramos con una comunidad en la que casi

(94) Véase lo referido en el escrito presentado el 3 de marzo de 1847 por el defensor general de menores, pobres y esclavos, José María Montiel, en autos « Francisco Avalos y otros ». En Archivo Nacional de Asunción, Sección Historia, vol. 357, n° 3, fojas 2 vuelta y 3.

(95) Bernardino BRAVO LIRA, « Pervivencia del derecho común en Hispanoamérica. El derecho indiano después de la independencia. Legislación y doctrina ». En Bernardino BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989, pág. 315.

no hubo palanca de la actividad forense que no se atribuyese a los legos. Desde luego, no seré yo quien niegue el último aspecto mencionado. En cambio, creo que lo que merece someterse a examen es lo primero. Es decir que hay que detenerse a ver qué es lo que significa afirmar que el *ius commune* es un derecho de juristas. Entiendo que en su auténtica esencia este aserto no puede leerse como sinónimo de que todos, la mayor parte, o al menos el sector más significativo de los operadores de esta cultura jurídica necesariamente debían ser letrados — cosa, por cierto, que sí se dio en la inmensa mayoría de los casos históricos estudiados —. No. De lo que se trata, en cambio, es de señalar el perfil central de un derecho en el que los juristas — ligados a unos jueces que les resultaban funcionales, en la medida en que actuaban, según explica el profesor Bravo Lira, como auténtica « clave de bóveda » del entramado del *ius commune* ⁽⁹⁶⁾ — eran los responsables últimos de conducir los criterios normativos aplicados, aún cuando pudiesen no ser ellos los que en la práctica impulsasen los procesos, ni los que resolviesen las situaciones debatidas. En función de esta precisión no me caben dudas acerca de la licitud de afirmar que la vida jurídica del Paraguay decimonónico se inscribió en los estándares básicos del *ius commune*. Por supuesto, ello no empece a que reconozca que la densidad de los debates técnicos guaraníes resultó muy inferior no sólo a los que se dieron en Europa, sino, incluso, a los de las áreas geográficamente próximas con las que los paraguayos mantuvieron contacto, como Buenos Aires. Sin embargo, no puede discutirse que la realidad forense guaraní siguió gobernada por unos jueces que, proclives al arbitrio, se mantuvieron en franco diálogo con la doctrina de los autores. Esta última, si no resultó particularmente erudita, ocupó, empero, un papel análogo al que los comentaristas desplegaron en la baja edad media respecto de la normativa romano-canónica.

Antes de abandonar el examen de este tópico, quiero llamar la atención sobre un asunto más o menos relacionado. Se trata de un

⁽⁹⁶⁾ Bernardino BRAVO LIRA, « Arbitrio judicial y legalismo. Juez y derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación », en *Revista de Historia del Derecho 'Ricardo Levene'* (Buenos Aires), n° 28 (1991), pág. 9.

fenómeno que requiere un estudio detenido. Me refiero a algo que no desmerece ni mucho menos el papel central que cabe adjudicarles a las universidades y a los debates de los autores en la generación y difusión de las doctrinas jurídicas, pero que lo complementa. En concreto, hablo de la gravitación alcanzada por la reproducción informal y popular de las mentalidades y de las prácticas ligadas al *ius commune*, aspecto que en el Paraguay resulta palmario.

Pienso que la experiencia guaraní también nos brinda otra contribución vinculada con sus ricas y sugerentes singularidades: admitir la formal vigencia de un código no necesariamente significa incorporar efectivamente la idea de derecho que la *cultura del código* implica ⁽⁹⁷⁾. Al respecto, bien advierte Carlos Petit que « antes que derecho positivo, el código es cultura jurídica, entendimiento de unas fuentes, diseño de unos sujetos » ⁽⁹⁸⁾. En el caso paraguayo del tiempo de los López esto queda patente. Aquí el código no alcanzó a ser un paradigma. Empero, al tiempo que no hubo apoyo al nuevo cuerpo legal, tampoco se dio el « desapego » que tuvo lugar en la España de finales del XIX ⁽⁹⁹⁾. En buena medida sospecho que esto debe achacarse a las peculiares características con las que el Paraguay ingresó al club de los estados con códigos. No se olvide que la puesta en vigencia del código fue fruto de la decisión de un poder político que permaneció completamente ajeno a lo que, por cierto, debido a su inmadurez intelectual, la comunidad de operadores jurídicos locales nunca hubiese podido reclamar. De allí que la introducción del código se produjese sin que previamente se diese un debate crítico previo en torno a las presuntas deficiencias del viejo derecho ⁽¹⁰⁰⁾. Así, a pesar de su factura formalmente mo-

⁽⁹⁷⁾ Sigo en esto a Bartolomé CLAVERO, « Ley del código: trasplantes y rechazos constitucionales por España y por América », en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, t. XXIII (1994), pág. 103.

⁽⁹⁸⁾ Carlos PETIT, « El código inexistente (II). Por una arqueología de la Civilística española », en *Anuario de Derecho Civil* (Madrid), t. XLIX (1996-III), págs. 1429 y 1430.

⁽⁹⁹⁾ *Idem ant.*, pág. 1426.

⁽¹⁰⁰⁾ Respecto del papel de la crítica como paso anterior a la exigencia de códigos, véase Alejandro GUZMÁN BRITO, « Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república (VIII). Crítica al derecho como presupuesto de la fijación en

derna, el código fue visto en el Paraguay a la vieja usanza. Vale decir que sus mandatos, que permanecieron subordinados a los prestigios de la doctrina ⁽¹⁰¹⁾, no llegaron a constituir un vallado que los jueces tuviesen prohibido franquear. A riesgo de ser reiterativo, insisto. En la época de los López la moderna forma código importada por el Paraguay como expresión de la voluntad política estatal, se disolvió, tal como antaño, en una multitud de tradiciones, costumbres y, sobre todo, reflexiones doctrinales, que determinaron unas muy peculiares condiciones de vigencia y aplicación ⁽¹⁰²⁾.

torno al primer tercio del siglo XIX », en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso), n° v (1980), pág. 267.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. Bartolomé CLAVERO, « La idea de código... », art. cit., pág. 61.

⁽¹⁰²⁾ Para esta reflexión final tomo ideas de Carlos GARRIGA, estudio preliminar a Alejo SALGADO CORREA, *Libro nombrado Regimiento de Juezes*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pág. 36, y de Paolo GROSSI, ob. cit., págs. 26 y 29.

PAOLO PASSANITI

LA CITTADINANZA SOMMERSA.
IL LAVORO DOMESTICO TRA OTTO E NOVECENTO

1. Tra diritto e letteratura: la domesticità invisibile. — 2. Un problema di cittadinanza. — 3. La specialità del lavoro domestico: questione di benevolenza. — 4. La traiettoria normativa. — 5. Gli anni della modernizzazione: rincorse normative e rifondazioni sociologiche. — 6. La neo-domesticità globalizzata.

1. *Tra diritto e letteratura: la domesticità invisibile.*

Questa riflessione nasce dalla lettura delle *Confessioni di un borghese*, pubblicate dallo scrittore Sandor Màrai negli anni trenta del Novecento, che ci restituiscono un'immagine nitidissima della marginalità sociale dei domestici nella società borghese europea tra 'il mondo di ieri' e quello del pieno dispiegato drammatico Novecento ⁽¹⁾. Questo mondo invisibile, occultato nelle stanze della

⁽¹⁾ « La società era impostata in questo modo: i signori abitavano in cinque, otto o dieci stanze con tanto di pianoforte, stipate di oggetti in bronzo, tende di pizzo, armadi carichi di libri, argenti e ninnoli di porcellana, e tutto era lustro e immacolato — le cameriere trascorrevano la giornata a togliere la polvere dappertutto e a dare la caccia ai 'bacilli' armate di piumino —, la tavola veniva apparecchiata scrupolosamente, le pietanze erano saporite e curate in ogni dettaglio; la servitù, invece, stava vita natural durante a mollo nei vapori della cucina, e le sue esalazioni si confondevano con i fumi e gli odori dei cibi che andavano a finire sulle tavole delle 'case signorili'. Nessuno rifletteva su tutto questo. Nelle famiglie ungheresi imborghesite di inizio secolo la 'condizione sociale' di una domestica era affatto singolare: non faceva parte del 'proletariato' — termine che all'epoca circolava soltanto negli uffici dei partiti —, non era una 'lavoratrice salariata consapevole', e della propria posizione nel mondo non sapeva quasi nulla. Era una domestica e basta. Riceveva una paga miserabile — inferiore a quella di un operaio, ancor più vergognosa di quella di un bracciante — ed era costretta ad ammazzarsi di fatica, salvo poi ritrovarsi in mezzo alla strada in occasione del

buona società (2), rappresenta non solo uno straordinario spaccato storico-sociologico sull'Ottocento e il Novecento, ma anche un modo per ragionare giuridicamente su cittadinanza, lavoro e famiglia (3).

L'invisibilità giuridica è troppo evidente per essere una semplice lacuna, un semplice difetto a livello di costruzione concettuale. L'invisibilità del lavoro domestico (4) e la confusione del lavoro produttivo nella proprietà rappresentano l'effetto giuridico del nuovo ordine borghese (5). Scomparsi i vincoli di antico

primo alterco, mandata a spasso 'con due settimane di preavviso' anche dopo aver lavorato per vent'anni presso la stessa famiglia. In compenso — come dicevano le padrone di casa borghesi — era provvista di tutto il necessario, riceveva 'vitto e alloggio': dunque che cos'altro poteva pretendere » (S. MÀRAI, *Confessioni di un borghese*, Milano, Adelphi, 2003, p. 56). Le confessioni di Sandor Màrai (1900-1989) vennero pubblicate in due volumi nel 1934-35.

(2) « All'altro capo del corridoio a circa trenta centimetri d'altezza dal pavimento di pietra, c'era una porta incassata nel muro. Varcatene la soglia, si accedeva a una scala buia, dalla quale si diramavano, a ogni piano, corridoi celati dietro pareti doppie e praticati a uso dei domestici, affinché costoro — andando e venendo senza sosta con secchi di carbone, ceste di legna, occorrente per le pulizie, lenzuola e vassoi di tè — non stessero fra i piedi ai padroni di casa. Spesso ho cercato di immaginare come fosse, dentro, la testa di quelle persone capaci di vivere ben sapendo che, dietro le pareti delle stanze in cui si intrattenevano, guizzavano di continuo le ombre della servitù, e mi figuravo che dovessero temere la natura fantomatica di quegli individui i quali, per quattro soldi, sbrigliavano solerti le numerose incombenza quotidiane » (W.G. SEBALD, *Gli emigrati*, Milano, Adelphi, 2007, p. 20).

(3) Prima della stagione dell'emancipazione femminile, per la donna indigente, il più delle volte, il lavoro domestico assumeva i caratteri dell'unica stazione di passaggio nel transito dalla famiglia di origine al matrimonio, come nel caso di Anna, la protagonista di *Paura e tristezza* di Carlo Cassola (C. CASSOLA, *Paura e tristezza*, Milano, BUR, 2002).

(4) Il servo come accessorio umano nella famiglia borghese lo ritroviamo nelle pagine di Joseph Roth con la narrazione da parte di un padrone della morte di un servo. Quello stesso servo invisibile viene osservato nella sua umanità nel momento della morte (J. ROTH, *La cripta dei cappuccini*, Milano, Adelphi, 1982, pp. 93-97).

(5) Per un profilo storico del lavoro domestico si vedano almeno: A. ARRU, *Il servo. Storia di una carriera nel Settecento*, Bologna, 1995; R. SARTI, *Il servizio domestico: un canale di mobilità sociale? Il caso di Bologna (fine '700-inizio '900)*, in Società italiana di demografia storica (ed.), *Disuguaglianze: stratificazione e mobilità sociale nelle popolazioni italiane (dal sec. XIV agli inizi del secolo XX)*, tomo I, Bologna, 1997; pp. 145-167; R. SARTI, *Quali diritti per la donna? Servizio domestico e identità di genere dalla ri-*

regime ⁽⁶⁾ che tenevano insieme il quadro sociale in una linea di coerenza unitaria ⁽⁷⁾, nel mondo borghese, in cui si ragiona in termini puramente contrattuali, si riproducono le stesse ineguaglianze, ma non gli stessi deboli aggiustamenti dettati dalla compassione ⁽⁸⁾. Quando la legge si occupa del lavoro servile lo fa per annullare ogni spazio di cittadinanza ⁽⁹⁾ per la marginalità sociale che abita la dimensione della domesticità ⁽¹⁰⁾.

voluzione francese a oggi, Bologna, 2000, pubblicato anche in www.uniurb.it/scipol/drs-htm.

⁽⁶⁾ « Ogni uomo può impegnare i suoi servizi, il suo tempo; ma non può vendersi, né essere venduto, la sua persona non è una proprietà alienabile. La legge non riconosce alcuna servitù; può esistere solo un vincolo di cure e di riconoscenza tra l'uomo che lavora e quello che lo impiega » (art. 18 dell'Atto costituzionale della Repubblica francese, emanato il 24 giugno 1793).

⁽⁷⁾ « Si dissolvono i rapporti stabili e irrigiditi, con il loro seguito di concetti antichi e venerandi, e tutte le idee e concetti nuovi invecchiano prima di potersi fissare. Si volatizza tutto ciò che vi era di corporativo e di stabile, è profanata ogni cosa sacra, e gli uomini sono finalmente costretti a guardare con occhio disincantato la propria posizione e i propri reciproci rapporti » (K. MARX - F. ENGELS, *Manifesto del Partito Comunista*, Roma-Bari, 1995, p. 87).

⁽⁸⁾ « Certo, i domestici avevano sempre occupato una posizione subalterna all'interno della casa, ma in passato si riteneva che in qualche misura ne facessero comunque parte; i padroni li sfruttavano, li obbligavano a lavorare fino allo sfinimento, pagandoli male o non pagandoli affatto, ma in compenso li consideravano membri della famiglia, e li mantenevano anche durante la loro vecchiaia. I padroni di un tempo maltrattavano i domestici, li castigavano, li prendevano a schiaffi, ne disponevano a proprio piacimento, però li tenevano con sé quando ormai erano diventati vecchi, e se la tuttofare si sposava chiedendo il loro permesso provvedevano alla sua dote, e talvolta davano lavoro anche al marito, in poche parole, si facevano carico delle persone di servizio, considerandole un po' come lontani parenti poveri. Nelle famiglie borghesi, invece, i domestici erano visti quali puri e semplici estranei. Del dispotismo dei vecchi tempi si conservarono solo i maltrattamenti, mentre vennero a mancare il senso di solidarietà familiare e di responsabilità sociale. Il più delle volte, i servitori diventati ormai troppo anziani per continuare a lavorare venivano mandati via senza motivo, semplicemente perché 'non se ne poteva proprio più' » (S. MÁRAI, *Confessioni*, cit., p. 57).

⁽⁹⁾ Sul concetto di cittadinanza affermatosi con l'Ottantanove francese, si veda P. COSTA, *Civitas: storia della cittadinanza in Europa*, vol. II, *Età delle rivoluzioni (1789-1848)*, Roma-Bari, 1999. Sulla « cittadinanza della borghesia », cfr. S. RODOTÀ, *Le libertà e i diritti*, in R. ROMANELLI (ed.), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Roma, 1995, pp. 301-334.

⁽¹⁰⁾ Lasciamo ancora la parola a Sandor Marai, il quale, con perizia da giurista,

Il dato giuridico espresso nei vari ordinamenti ottocenteschi ⁽¹¹⁾ è quello di una modernità borghese che cresce sfruttando un'agilità di sistema: lo sfruttamento del lavoro servile, staccato da ogni discorso di cittadinanza ⁽¹²⁾, separato dalla concezione giuridica della famiglia ⁽¹³⁾, ma non compiutamente contrattualizzato ⁽¹⁴⁾.

illustra la legge austro-ungarica sui domestici: « secondo quanto stabilito dall' 'articolo 13 della legge 1876 a disciplina dei rapporti tra il domestico e il padrone' — tuttora in vigore e riprodotto sulla terza pagina di tutti i libretti di lavoro della servitù —, ' il domestico... all'atto della sua presa di servizio entra a far parte del nucleo familiare del padrone', e tuttavia questo nobile principio veniva messo in pratica in modo alquanto stravagante e imperfetto: il regolamento stabilisce diritti e doveri del padrone e del domestico, invero piuttosto sbilanciati; per esempio, ' il domestico che... si mostra riluttante a eseguire i lavori che si è impegnato per contratto a compiere può esservi costretto, su richiesta del padrone, dalla pubblica autorità'; inoltre, 'il domestico è tenuto a conservare il suo baule, i suoi indumenti e tutti i suoi beni mobili a casa del padrone, laddove quest'ultimo lo esigesse; il padrone è autorizzato, qualora nutra un fondato sospetto, a esaminare gli effetti personali del domestico alla presenza di quest'ultimo' — diritto che i padroni facevano valere con una certa assiduità. L'articolo 45 di questo bizzarro regolamento, che potrebbe benissimo stabilire i rapporti giuridici tra schiavi neri e coloni bianchi del Congo, dichiara testualmente, senza mezzi termini: ' Il domestico è tenuto ad accogliere con docilità e rispetto gli ordini del padrone; espressioni e atti tali da poter essere ritenuti offensivi in ambiti diversi da quello familiare non sono da considerarsi lesivi dell'onore del domestico'. Il padrone, in parole povere, può ingiuriare il domestico come gli pare e piace, può coprirlo di impropri tutte le volte che vuole, visto che i suoi insulti 'non sono da considerarsi lesivi dell'onore'. Ecco le condizioni in cui la borghesia e servitù vivevano — e tuttora vivono — sotto lo stesso tetto » (S. MÁRAL, *Confessioni* cit., pp. 59-60).

⁽¹¹⁾ « Di unificante c'era soltanto la distinta situazione giuridica. In tutta l'Europa i servitori si consideravano i relitti giuridici dell'*Ancien Régime*, quando l'economia domestica e il dominio del padrone di casa erano già stati dissolti dall'economia di mercato e dal lavoro salariato, e almeno la parte maschile della popolazione aveva conseguito una condizione di eguaglianza e libertà sotto il profilo giuridico » (G.-F. BUDDE, *La donna di servizio*, in U. FREVERT - H.G. HAUPT (edd.), *L'uomo dell'Ottocento*, Roma-Bari, 2000, p. 144).

⁽¹²⁾ « Se si parla, come accade spesso, del XIX come del secolo 'borghese', con riferimento alla grande forza creatrice della cultura borghese, si deve allo stesso tempo parlarne come del 'secolo delle donne di servizio'. Le due storie sono strettamente intrecciate tra loro. Medici, banchieri, impiegati, pastori, professori, imprenditori e avvocati avevano bisogno di almeno una donna di servizio per potersi allineare alla 'società dei borghesi', mentre le donne di servizio suonavano a tutte le porte delle abitazioni borghesi alla ricerca di un impiego » (G.-F. BUDDE, *La donna di servizio*, cit., p. 143).

⁽¹³⁾ Sulle "contraddizioni del diritto" con riferimento alla condizione della

In Italia, vista l'incapacità di regolare il lavoro 'vero' ⁽¹⁵⁾, un discorso giuridico sul lavoro domestico è del tutto improponibile, le uniche norme concepibili sono quelle sul libretto personale, una sorta di passaporto sociale necessario al domestico per affermare un'identità professionale altrimenti invisibile ⁽¹⁶⁾. Vi è poi la normativa sull'imposta sui domestici ⁽¹⁷⁾, in cui gli stessi sono considerati dal punto di vista della capacità di spesa del padrone, assimilati così

donna nella famiglia, si veda N. ARNAUD-DUC, *Le contraddizioni del diritto*, in G. FRAISSE - M. PERROT (edd.), *Storia delle donne. L'Ottocento*, Roma-Bari, 1995, pp. 51-88.

⁽¹⁴⁾ Nel 1921 Francesco Schupfer si dichiara incerto se trattare storicamente il contratto di servizio nella contrattualità locatizia o nel diritto di famiglia: « Va compreso anch'esso fra le locazioni d'opere, ma, al pari e ancor più del contratto di lavoro, si distingue da quella ordinaria per un certo rapporto di podestà che vi domina. Perché le persone di servizio non devono soltanto adempiere determinati obblighi, ma insieme sottostare alla volontà ed agli ordini del padrone, che veramente sconfinava dal campo delle obbligazioni. Anzi siamo stati a lungo esitanti se trattarne a proposito dei contratti o piuttosto in relazione al diritto di famiglia. Il medio evo lo considerò per lungo tempo da quest'ultimo punto di vista, e forse oggi giorno esso conserva tuttavia qualcosa dell'antico carattere, tanto è vero che si parla ancora di *padroni* e di *servi* e di *famigli*, non tanto in omaggio alle tradizioni storiche, ma per la stessa specialità del rapporto, che, in fondo, deriva dalla speciale natura dei servizi piuttosto indeterminati, dipendenti dai bisogni della casa, che, appena richiesti, vogliono essere forniti senza indugio, secondo gli ordini ricevuti. Nondimeno è fuori di dubbio che l'elemento contrattuale vi abbia pure la sua parte, e lo vediamo anzi farsi largo quanto più s'avanza nei tempi, finché si arriva alla giurisprudenza e alle leggi moderne, le quali vorrebbero trattato il rapporto come una semplice locazione d'opere, né più né meno » (F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del risorgimento*, vol. III, Torino, 1921, p. 59).

⁽¹⁵⁾ Per delle ricostruzioni generali sulle origini del diritto del lavoro in Italia, si vedano L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano 1994; U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, 1995; P. MARCHETTI, *L'essere collettivo. L'emersione della nozione di collettivo nella scienza giuridica italiana tra contratto di lavoro e Stato sindacale*, Milano, 2006; P. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro, I, La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Milano, 2006; G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2007.

⁽¹⁶⁾ L'art. 78 del Testo unico di pubblica sicurezza del 30 giugno 1889 n. 6144 regola il rilascio di un libretto personale in cui il padrone annota il servizio prestato, la durata e la condotta all'atto del licenziamento oppure alla fine dell'anno.

⁽¹⁷⁾ L'imposta sui domestici, istituita in Piemonte nel 1859, viene abolita nel 1864 con la legge sull'imposta di ricchezza mobile, per essere reintrodotta col decreto legge 28 giugno 1866 n. 3022. L'art. 30 del regolamento di esecuzione approvato con regio decreto 3 febbraio 1867 n. 3612 definisce come domestico « ogni individuo che

ai biliardi e ai pianoforti, come oggetti lussuosi posseduti dal contribuente (18).

È dunque pressoché impossibile l'individuazione a livello giurisprudenziale di un sociologicamente credibile diritto vivente. Un rapporto di lavoro domestico se è davvero servile, e quindi collegato al livello più basso della domesticità, non arriva in tribunale. Appare inverosimile la reazione giudiziaria del garzone nullatenente o della domestica (19), destinata a muoversi con le annotazioni sulla condotta compilate dal padrone, giudice più che parte del rapporto.

Ciò non significa che la giurisprudenza non contenga riferimenti all'eterna dinamica servo-padrone (20), utilizzata come termine di paragone per ragionare sugli obblighi di un 'libero' prestatore d'opera. Il vero diritto vivente finisce per essere il romanzo ot-

per mercede attende al servizio di una persona o famiglia, riceva o pur no dalla medesima l'alloggio ed il vitto ». L'imposta diventa comunale in virtù della legge 11 agosto 1870 n. 5784 e del relativo regolamento emanato con legge del 24 dicembre 1870 n. 6137. L'imposta rimane in vigore anche col mutamento della disciplina avvenuto con la riforma della finanza locale del 1931. L'art. 16 del d.lg. lt 8 marzo 1945 n. 62 introduce l'alternativa tra l'imposta sui domestici e quella sulla famiglia, sottraendo il contribuente dall'onere del cumulo. L'articolo successivo tra l'altro attribuiva a tutti i comuni la facoltà di applicare l'imposta di famiglia, prima riservata ai comuni con più di trentamila abitanti. In virtù di ciò l'imposta sui domestici rimaneva un obbligo nel caso di domestici assunto in comune diverso da quello di dimora abituale. Si arrivava alla totale abrogazione, con decorrenza dal 1° gennaio 1961, con l'art. 15 della legge 16 settembre 1960. Sulla vicenda storica dell'imposta sui domestici cfr. *Imposta sui domestici*, in *Enciclopedia del diritto*, XII (1964), p. 837.

(18) « Nel sistema del t.u. fin. loc., l'imposta sui domestici era disciplinata come imposta indiretta di carattere personale: Più precisamente, essa faceva parte, insieme all'imposta sulle vetture, a quella sui pianoforti ed a quella sui biliardi, di quel gruppo di tributi comunali denominati 'suntuari' in quanto destinati a colpire la capacità contributiva del cittadino, quale si manifesta attraverso la sua capacità di spesa » (*ibid.*, p. 837).

(19) Sulla serva ottocentesca si veda A. ARRU, *Protezione e legittimazione: come si usa il mestiere di serva nell'800*, in L. FERRANTE - M. PALAZZI - G. POMATA (edd.), *Ragnatele di rapporti. Patronage e reti di relazione nella storia delle donne*, Torino, 1988, pp. 381-416.

(20) La dialettica servo-padrone come premessa di libertà per il servo la ritroviamo nella riflessione hegeliana (G.W.F. HEGEL, *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*, Roma-Bari, 1963, pp. 398-400).

to-novecentesco ⁽²¹⁾ che, nella descrizione delle nobiltà e miserie della famiglia borghese, incontra il mondo dei domestici come misteriosi attori non protagonisti delle scene di vita ⁽²²⁾.

Una riflessione sul lavoro domestico appare inoltre di sicuro interesse per avviare un discorso storico-giuridico sul Novecento italiano visto sul piano della modernizzazione. Quei cinque anni, tra il 1958 e il 1963, in cui tutto muta o sembra mutare — persino la legislazione sul lavoro domestico! — rappresentano una svolta strutturale irreversibile, di portata millenaria ⁽²³⁾, destinata ad incidere profondamente sulle categorie giuridiche, scompaginando la dimensione giuridica della convivenza sociale.

Se non si riduce il miracolo economico a fatto di costume, ampi spazi di riflessione potranno essere individuati anche dagli storici del diritto sul tema degli effetti della modernizzazione sulle categorie giuridiche. In questa sede, basti ricordare come negli anni Sessanta si pongano le premesse che porteranno allo Statuto dei lavoratori e alla legge sul divorzio.

In tutto questo contesto il lavoro domestico è una sorta di *For-*

⁽²¹⁾ Su « Law and Literature » come « capacità della letteratura di fornire ai giuristi strumenti suppletivi per collocare il diritto in un più ampio contesto sociale e culturale », si vedano le considerazioni di V. ZENO ZENCOVICH - G. ROJAS ELGUETA, *Storie di scrittori falliti e di fallimenti letterari*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXVII (2007), pp. 289-291.

⁽²²⁾ Si pensi al mistero che avvolge la domestica Emerenc, la vera protagonista de *La porta* di Magda Szabò (M. SZABÒ, *La porta*, Torino, Einaudi, 2005).

⁽²³⁾ « Il mondo rurale è l'altra faccia, rispetto a quella urbana, della civiltà italiana. Proviene dal mondo antico, dalle civiltà italiche e dalla civiltà romana e si mantiene nel tempo. Il mondo italiano è mondo rurale per tutto il secondo millennio. Tra XIV e XVI secolo si caratterizza il mondo rurale italiano. Le grandi fortune mercantili sono investite nella terra e i mercanti si trasformano in nobiltà terriera. Questo fenomeno imprime un'altra frattura, oltre quella tra città e campagna, tra Nord e Sud, quella tra signori e contadini. Questo mondo italico frutto di sedimentazioni millenarie giunge sino alla seconda guerra mondiale. Per tenerlo immutato, anzi, la borghesia liberale instaura il fascismo. Esso viene sconvolto a metà del secolo XX, tra il 1947 ed il 1973. Con l'apice del fenomeno tra il 1958 ed il 1963, appunto con il miracolo economico e la fine dell'Italia rurale. In questo senso la vicenda degli anni cinquanta e sessanta del XX secolo costituisce una svolta millenaria, perché pone fine all'Italia rurale, all'antica Italia rurale » (A. CARDINI, *La fine dell'Italia rurale e il miracolo economico*, in Id. (ed.), *Miracolo economico italiano (1958-1963)*, Bologna, 2006, pp. 10-11).

rest *Gump* della storia giuridica del lavoro, un istituto di frontiera tra diritto e società sempre raffigurato in lontananza, mai in primo piano, nelle grandi trasformazioni sociali perché assorbe e riproduce i mutamenti della famiglia e del lavoro: un istituto in grado di comprendere il nesso concettuale famiglia-lavoro nella modernità industriale ⁽²⁴⁾.

Un istituto marginale col quale il diritto del lavoro (il diritto del lavoro nell'impresa a partire dal codice civile del 1942) deve costantemente confrontarsi in ogni passaggio epocale al fine di allontanarlo (prematuramente) o attrarlo (tardivamente) nella propria orbita.

2. *Un problema di cittadinanza.*

Ad appena due mesi dall'uccisione a Monza di re Umberto I per mano dell'anarchico Gaetano Bresci, Ercole Vidari ⁽²⁵⁾, uno dei padri nobili della dottrina commercialistica, con una fama appannata soltanto dalla figura di Cesare Vivante ⁽²⁶⁾, riflette sulla crisi di valori evocata da un evento di così alto impatto simbolico. Non è da escludere che, nell'estate del 1900, il Vidari abbia avuto problemi con la servitù, se è vero che collega il regicidio col riferimento preciso e tutt'altro che fugace « ai bei tempi in cui le persone di servizio anche delle nostre case erano affezionate ai padroni

⁽²⁴⁾ Sul ruolo esercitato dall'impresa capitalistica e dal lavoro operaio nell'affermazione della famiglia nucleare si vedano le considerazioni di A. SCHIAVONE, *Le nuove famiglie che la Chiesa non vede*, in « La Repubblica », 24 dicembre 2007, p. 19.

⁽²⁵⁾ Ercole Vidari (Pavia 1836-San Remo 1916) insegna diritto commerciale nell'Università di Pavia dal 1863 al 1915. È autore di un *Corso di diritto commerciale* in nove volumi. Nel 1904 diventa senatore. Il Vidari, di formazione garibaldina, si segnala anche per la sua attenzione scientifica e politica per i temi della legislazione sociale. In proposito si veda E. VIDARI, *La legislazione sociale in Italia. Discorso inaugurale pronunciato nell'aula magna dell'Università di Pavia il 3 novembre 1886*, pubblicato nello stesso anno nell'annuario della suddetta Università e successivamente ripubblicato in ID., *Scritti vari di Ercole Vidari pubblicati per il 45° anno di insegnamento nella Università di Pavia*, vol. II, *Studi sociali*, Milano, 1908.

⁽²⁶⁾ Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992, p. 167.

[...] passati per sempre; ed ora quelle persone guardano i padroni con occhio di sospetto, se non di avversione, e pensano di cavare da questi il maggiore utile possibile, dando loro il meno che possono, prevenendo così la dottrina economica del minimo mezzo; del pari che i padroni, in questa guerra sordamente guerreggiata, non nutrono più nessuno amore pei loro famigliari, e cercano di sfruttarli il più che possono durante il breve tempo che rimangono al loro servizio » (27).

Il discorso sul lavoro servile — motivazioni personali a parte — in termini di crisi della convivenza civile, è meno bizzarro di quanto possa sembrare. Il lavoro servile è un comparto eterogeneo, una sorta di 'gruppo misto' degli esclusi dall'area della cittadinanza borghese. Un comparto che attraversa le stesse categorie giuridiche: al suo interno troviamo la donna di servizio, più in generale i domestici (28), ma anche quel proletariato intellettuale che vive all'interno delle mura domestiche di un padrone, come i precettori (29). In alcuni casi il giuridico e il sociale vanno di pari passo. In altri, come nel caso del lavoro agricolo, troviamo una soggezione sociale che sommerge qualsiasi dato giuridico. Pensiamo al garzone di campagna costretto a dipendere vita natural durante dalla protezione padronale. E pensiamo anche alla soggezione insita nei rapporti mezzadrili occultata in un fittizio schema paritario che finisce per inghiottire l'esistenza del prestatore e dei suoi familiari (30).

(27) E. VIDARI, *Dopo la morte del re*, in « Nuova Antologia », 35, 1° settembre 1900, p. 45.

(28) « Il XIX non ha inventato la servitù. Ma fino ad allora riservata agli ambienti aristocratici, essa diventa una necessità, un segno indissociabile della distinzione borghese. Democratizzandosi, il servizio domestico diventerà sempre meno un lavoro maschile e sempre più un lavoro femminile e svalutato » (C. DAUPHIN, *Donne sole*, in G. FRAISSE - M. PERROT (a cura di), *Storie delle donne*, cit., p. 392).

(29) « Ancora intorno al 1800 la servitù si mostrava come un gruppo disomogeneo, scaglionato in più fasce. Si andava dai maggiordomi e dalle governanti delle case nobiliari fino alle domestiche e ai garzoni di campagna. La piramide gerarchica all'interno della professione si snodava fino a divenire molto appuntuta. Così, è facilmente immaginabile che il maggiordomo in livrea dorata si considerasse distante anni luce dal garzone di stalla e che, allo stesso modo, la precettrice evitasse opportunamente di scambiare una parola con la cameriera » (G.-F. BUDDE, *La donna di servizio*, cit., p. 143).

(30) All'inizio del Novecento, nella Toscana mezzadrile, tra i tanti obblighi del

Il lavoro servile diventa così un problema sociale senza soluzione giuridica: una complicazione irrisolvibile che nasconde un vero e proprio problema di cittadinanza, comparso paradossalmente con l'affermazione del principio dell'eguaglianza giuridica ⁽³¹⁾.

Il servilismo è, sì, un fenomeno antico, quasi un dato storico nel paesaggio giuridico-filosofico occidentale ⁽³²⁾, che ora assume tuttavia contorni concettuali spaventosamente inediti. Nell'antico ordine corporativo ⁽³³⁾, il lavoro servile è un pezzo stesso dell'ingranaggio sociale, come tale indistinto, non suscettibile di isolata osservazione. L'Ottocento giuridico eredita diritti di libertà, concepiti sull'individuo, e una fascia di società in chiara posizione di subalternità economica e morale rispetto al ceto borghese. Senza troppo imbaraz-

colono vi erano quelli di « non frequentare bettole e ritrovi e a vivere e educare la famiglia da buoni, onesti e probi agricoltori » e di « denunciare le nascite e le morti dei componenti la famiglia e a chiedere il consenso pei matrimoni » (citazione tratta dal libretto colonico in vigore nella fattoria di Bettolle nel 1904, pubblicato in *La real Fattoria di Bettolle*, in « Quaderni sinalunghesi », XII (2001), pp. 57-58).

⁽³¹⁾ La seconda sezione del capitolo I della Costituzione francese del 3 settembre 1791, all'art. 2 indica tra i requisiti del cittadino attivo anche quello di « non essere in uno stato di servitù, ossia di servitore salariato ».

⁽³²⁾ « La gente di servitù appartiene a ciò che il padrone può considerare come suo e, almeno quanto alla forma (riguardo *allo stato di possesso*), proprio come se si trattasse di un diritto reale, perché il padrone di casa può, quando il servo scappa via, ricondurlo in suo potere per mezzo di un arbitrio unilaterale; ma quanto alla materia, vale a dire all'uso che egli può fare di questi suoi famigli, il padrone non potrà mai comportarsi come se egli fosse proprietario di essi (*dominus servi*), perché egli li ha avuti in suo potere soltanto mediante un contratto » (I. KANT, *La metafisica dei costumi*, Roma-Bari 1989, p. 102). Come ha osservato Filippo Vassalli, nel pensiero di Kant il diritto del padrone sui domestici (*famulus domesticus*) è un « diritto che si acquista in virtù di un contratto, il quale peraltro non è una semplice *locatio conductio operae*, ma un contratto col quale il servo rimette la sua persona in possesso del padrone — *locatio conductio personae* —, che differisce dal primo in ciò che il domestico si presta a tutte le cose lecite che sono nell'interesse della casa, e che egli non le fa come un'opera comandata e un lavoro specificatamente determinato » (F. VASSALLI, *Del Ius in corpus del debitum coniugale e della servitù d'amore. Ovverosia La dogmatica ludicra* (1944), lettura di Severino Caprioli, Bologna, 1981, pp. 59-60).

⁽³³⁾ Per dei riferimenti alla domesticità nell'ordine corporativo, si veda P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia 1796-1975*, Bologna, 1974, rist. 2002, p. 76.

zo ⁽³⁴⁾, il lavoro servile è concepito dai giuristi quale alternativa al lavoro libero, ancorché non regolato, come misuratore della libertà nel lavoro. Il lavoro è tanto più libero quanto più si distacca dal lavoro servile. E più è libero il lavoro maggiori sono le implicazioni in termini di complessità di obblighi, perché il lavoro servile non ha diritti per definizione, in caso contrario già costituirebbe qualcosa di diverso.

3. *La specialità del lavoro domestico: questione di benevolenza.*

Nella cultura esegetica ogni discorso sulla locazione di opere è anche un discorso su libertà e servilismo. Una riflessione sulla regolazione del lavoro industriale è improponibile. In questa fase, certo si può e si deve ragionare sulle particolarità di forme moderne di lavoro sotto padrone, così uguali e così diverse rispetto alla *locatio operarum* romanistica. Secondo Pacifici Mazzoni, tra gli operai « sono compresi quelli che prestano i loro servizi a giorni o per un tempo determinato, ma che non sono alloggiati, né nutriti nella casa di colui pel quale lavorano » ⁽³⁵⁾. Per Luigi Borsari, la specie di lo-

⁽³⁴⁾ Certo sulle pagine di una rivista eretica come la fiorentina « Scienza del diritto privato » qualche imbarazzo affiora. Il Perrone, ad esempio, osserva: « [...] c'è dato vedere il servo — si chiami domestico, cameriere, cuiniere pastore, guardiano, aio, giardiniere, governante massaro ecc. — trovasi a discrezione completa del padrone. [...] Presso di noi nella locazione d'opera nulla che vieti al locatore il comando di atti men che leciti o pericolosi alla vita e alla salute; nulla pel risarcimento di danni lievi o gravi subiti senza colpa nell'adempimento dei doveri; nulla che dichiari non valide le vendite di oggetti, fatte dal locatore, e appartenenti al padrone; nulla che imponga al locatore di dare salari, alimenti e locali sani e sufficienti per dormire, e che equipari il servo a persone di famiglia per alloggio e vittitazione; nulla sulla somma e pagamenti di salari da darsi nel caso di congedi fuori termine o fuori gli usi; nulla per risarcimento quando il locatore si spinga a via di fatto; nulla nel caso che il *licenziamento* accada per malattia o posizioni economiche e sociali mutate; nulla per gli atti illeciti, per negligenza intenzionale, per ineducazione e prepotenze inurbane del padrone o del servo » (F. PERRONE, *Il sistema di licenziamento nella preposizione*, in « La scienza del diritto privato », II (1894), pp. 473-474). Sulla « Scienza del diritto privato », cfr. P. GROSSI, *La Scienza del diritto privato: una rivista progetto nella Firenze di fine secolo*, Milano, 1985.

⁽³⁵⁾ E. PACIFICI MAZZONI, *Codice civile italiano commentato con la legge romana*,

cazione indicata all'art. 1627 n. 1, quella per cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio, riguarda sia la *locatio operis* sia la *locatio operarum*.

Si tratta soltanto di esercizi di logica esegetica nell'ambito di un diritto romano piegato alle esigenze della codificazione, in cui si parla di servi e domestici senza alcun riferimento ai veri servi e domestici ottocenteschi: i servi e domestici evocati sono archetipi senza tempo, utilizzati come pedine concettuali. Per i domestici in carne e ossa basta e avanza la norma di cui all'art. 1628 c.c. che vieta il vincolo eterno ⁽³⁶⁾.

Avrà gioco facile Ludovico Barassi ⁽³⁷⁾ nel superare gli inconcludenti commenti esegetici, prendendo sul serio le categorie romanistiche sino a piegarle in un'operazione pandettistica a metà strada tra il falso d'autore e l'attualizzazione spinta ⁽³⁸⁾, anche a costo di

le sentenze dei dottori e della giurisprudenza, Trattato delle locazioni, Firenze, 1877, p. 403.

⁽³⁶⁾ Secondo il De Filippis, l'art. 1628 vieta la « vera alienazione della libertà ». Tale alienazione si verifica quando illecita è la causa. E la causa è illecita quando la prestazione è impossibile. La suddetta norma dunque sanziona con la nullità le prestazioni impossibili. « Sarebbe [...] nulla la convenzione con la quale il domestico od operaio si obbliga per un tempo o per una intrapresa determinata eccedenti di molto la vita dell'obbligato. Così, per esempio, è nulla la obbligazione del domestico che promette di servire per la durata di 40 anni mentre già ne conta 70; come si direbbe anche nulla quella convenzione con la quale l'operaio si obbliga di espletare tutta una cava che per esaurirsi richiede più di un secolo » (F. DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano*, vol. VIII, Napoli, 1879, p. 206).

⁽³⁷⁾ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano 1901. Il centenario della prima edizione de *Il contratto di lavoro* ha costituito l'occasione per una compiuta ricostruzione del pensiero giuslavoristico di Lodovico Barassi (discusso), « padre » del diritto del lavoro in Italia, nel convegno tenutosi a Milano presso l'Università cattolica del Sacro Cuore il 27 e 28 aprile 2001, i cui atti sono raccolti nel volume curato da M. NAPOLI, *La nascita del diritto del lavoro. 'Il contratto di lavoro' di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Milano, 2003.

⁽³⁸⁾ È ormai quasi di rito la citazione dell'opera dell'Amirante, secondo il quale « la tralazia tripartizione del contratto di locazione in *locatio rei, operis* ed *operarum* non appare, né nei paragrafi gaiani relativi al contratto né nel titolo *locati conducti* del Digesto. Sembra, dunque, che essa sia sconosciuta alla giurisprudenza romana, e classica, e giustiniana ». Il concetto di locazione « indica, piuttosto, che nel pensiero giuridico romano, locatore è sempre colui che consegna la *res*, tanto nel caso in cui la consegna è effettuata nel suo interesse, quanto nel caso in cui, invece, essa avviene nell'in-

rivalutare l'illiberale antico regime ⁽³⁹⁾. Con Barassi, la *locatio ope-*

teresse del conduttore » (L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in « *Bullettino di istituzioni di diritto romano* », LXII (1959), p. 9). Insomma, nella *locatio operarum* romanistica « nella totalità dei casi, l'oggetto del locare è sempre la persona stessa del lavoratore e non la sua opera » (ivi, p. 58). L'Amirante affronta il problema dell'unicità della *locatio conductio* sviluppando le tesi sostenute dall'Arangio Ruiz (V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1921, pp. 235-237) e successivamente dal Brasiello (U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in « *Rivista italiana di scienze giuridiche* », II (1927), pp. 529-580, III (1928), pp. 3-38). Tuttavia, nell'impostazione dell'Arangio Ruiz e del Brasiello, oggetto della locazione sono le opere all'esito di un'evoluzione dall'originario stadio in cui la locazione aveva la persona come oggetto. Tesi ribadita anche da F.M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946. Già prima dello studio dell'Amirante, il Martini (R. MARTINI, *Mercennarius. Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in Diritto romano*, Milano, 1958) aveva sostenuto la tesi della persona come oggetto e soggetto del rapporto; tesi invece respinta dal Volterra (E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961). Sul dibattito suscitato dallo studio dell'Amirante si veda lo specifico contributo di G. CERVENCA, *In tema di locatio-conductio (A proposito di un recente studio)*, Trieste, 1964 (estratto dal Bollettino della Scuola di perfezionamento e di specializzazione in diritto del lavoro e della sicurezza sociale dell'Università degli studi di Trieste). Per riferimenti più recenti al tema della dicotomia locatizia si veda anche M.G. GAROFALO, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Scritti in onore di Gino Giugni: scritti sul lavoro*, Bari, 1999, pp. 453-476; R. FIORI, *La definizione della 'Locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999; G. ZILIO GRANDI, *Rapporti di lavoro e attività gestoria nel diritto romano e nelle prime codificazioni*, in « *Rivista italiana di diritto del lavoro* », XX (2001), pt. I, pp. 145-152.

⁽³⁹⁾ Barassi tracciando la linea metodologica da seguire nella codificazione del contratto di lavoro riflette sul rapporto di lavoro nel passaggio dall'antico al moderno. La posizione dei servi gli sembra « assai migliore » di quella del lavoratore libero: « i domestici vivono in un evidentissimo rapporto di subordinazione, gli operai invece godono maggior libertà, entrano in rapporti col padrone mercè le libere contrattazioni, sono estranei affatto, e sul piede di parità, di eguaglianza rispetto al capitalista ». Al rapporto di subordinazione, in cui si trova il domestico, segue « necessariamente la benevolenza », poiché da un simile contesto scaturiscono « rapporti di familiarità di affetto, di tutela provvida » (L. BARASSI, *Sui limiti di una codificazione del contratto di lavoro*, in « *Il Filangieri* », XXIV (1899), p. X). Il saggio verrà riproposto come introduzione al trattato sul contratto di lavoro. Secondo il Grandi, « nelle pagine del Barassi, e di altri giuristi più aperti alla considerazione dei fatti sociali, si riflette un ristretto mondo di rapporti domestico-rurali, un ideale di società statica dominata da una provvida solidarietà di interessi, ma nulla che riveli una sia pur pallida consapevolezza dei grandi mutamenti, che pur si stanno svolgendo sotto i loro occhi » (M. GRANDI, *Diritto del lavoro e società industriale*, in « *Rivista di diritto del lavoro* », XXXI (1977), p. 6).

rarum diventa lavoro dipendente che si estende dal domestico (la dipendenza massima) al prestatore d'opera intellettuale che rimane lavoratore dipendente nella misura in cui la sua dipendenza prevalga sull'autonomia⁽⁴⁰⁾. Ogni forma lavorativa è raggiunta dall'alternativa autonomia-subordinazione. Si può discutere se il direttore commerciale e il giardiniere siano lavoratori autonomi o subordinati⁽⁴¹⁾. Non si può discutere sull'appartenenza del domestico al comparto del lavoro dipendente⁽⁴²⁾. Il lavoro servile viene sdoganato proprio per essere innalzato ad emblema della dipendenza. Il lavoro servile è troppo socialmente subordinato per esserlo davvero sul piano giuridico. La parola chiave, per far tornare i conti è *benevolenza*: « la benevolenza, da cui l'attuazione di questo rapporto di lavoro a struttura ancora patriarcale è compenetrata, smussa in fatto più o meno largamente le asperità di quella subordinazione »⁽⁴³⁾. Per Barassi, la « benevolenza » è un po' come la salute: quando c'è non manca nulla, e quindi non si avverte il bisogno di

⁽⁴⁰⁾ Sulla costruzione del concetto di subordinazione ci sia consentito rimandare, anche per i richiami bibliografici a P. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro*, cit., pp. 169-202.

⁽⁴¹⁾ Un'altra logica obiezione alla costruzione della teoria del lavoro dipendente, veniva da chi metteva in discussione la stessa efficacia qualificatoria dell'alternativa tra l'obbligo di fornire un risultato oppure quello di garantire una mera attività: l'Endemann, criticando il criterio romanistico accolto nel codice germanico, cita il caso di un giornaliero giardiniere, che certo « deve considerarsi come assunto con rapporto di dipendenza in locazione di opere; or bene esso può benissimo impegnarsi a compiere il lavoro in un determinato modo, e fors'anche entro un tempo determinato ». Una simile posizione « ha il difetto grave di essere troppo superficiale e di volersi arrestare a certi fenomeni esteriori che ponno ricorrere facilmente e indifferentemente nell'una come nell'altra forma di contratto di lavoro ». Per individuare la natura negoziale della prestazione lavorativa, bisogna indagare « se fino a qual punto la indipendenza della posizione di chi promette un dato risultato è minacciata o limitata ». Nel caso prospettato dal giurista tedesco non ci si dovrà limitare ad un'analisi meramente statica, ad una contemplazione dell'immagine che il rapporto giuridico evoca, ma si dovrà « esaminare quali rapporti realmente intercedano tra il giornaliero e il proprietario del giardino » (L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 35-36).

⁽⁴²⁾ Il lavoro domestico « che sia lavoro subordinato, non è proprio necessario dichiararlo. Noto che questa subordinazione è qui accresciuta e resa più sensibile anzitutto dal permanente contatto col creditore del lavoro (convivenza!) » (L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2^a ed., vol. I, Milano, 1915, p. 811).

⁽⁴³⁾ Ivi, p. 812.

ricorrere alle odiose medicine (le leggi sociali) ⁽⁴⁴⁾. Alla fine, nell'impostazione barassiana ⁽⁴⁵⁾, il lavoro domestico finisce rimane un prototipo bio-storico di subordinazione più che un rapporto di lavoro con gli oneri e gli onori ricollegabili alla subordinazione ⁽⁴⁶⁾.

4. *La traiettoria normativa.*

Le cose si complicano terribilmente, passando dal registro concettuale a quello normativo, nell'esatto momento in cui si comincia a parlare di lavoro - al - servizio - di un soggetto, padrone o imprenditore, poco importa.

Nel disegno di legge Cocco Ortu-Baccelli sul contratto di lavoro, presentato nel 1902 ⁽⁴⁷⁾, la definizione di contratto di lavoro è ritagliata a misura del lavoratore manuale all'altrui dipendenza. Tutti, all'improvviso, diventano servitori meritevoli di tutele, meno

⁽⁴⁴⁾ « E a proposito di questo rapporto ispirato alla benevolenza, cioè in cui domina largamente l'impulso direttivo e moderatore del sentimento, è questa appunto la ragione per cui il diritto non se ne occupa, almeno nei popoli di razza latina, più che tanto (rimettendolo agli usi locali, e all'equità): l'impero della coazione arretra in fatto, dove domina il sentimento. Perciò le leggi sociali non tutelano affatto questo lavoro); anche per i rischi minimi cui è esposto, e a cui, ripeto, normalmente si reputa che provveda, oggi, la benevolenza » (*ibidem*).

⁽⁴⁵⁾ Sull'equilibrio barassiano tra parte civilistica « immutabile » e legislazione sociale, si vedano G. CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia fra Otto e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », XVII (1988), p. 165, ora in ID., *Scienza giuridica cit.*, pp. 142-143; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 60.

⁽⁴⁶⁾ « Il lavoro domestico è dominato dalla 'benevolenza' più che dallo stretto diritto, precisamente per il suo carattere familiare » (L. BARASSI, *Diritto del lavoro*, Milano, 1945, p. 17).

⁽⁴⁷⁾ Camera dei deputati, Leg. XXI — 2^a se ss. 1902 — doc. 205, Disegno di legge presentato dal Ministro di Grazie giustizia e dei culti Cocco Ortu di concerto col ministro di Agricoltura, industria e commercio, sul contratto di lavoro, nella seduta del 26 novembre 1902. Ai sensi dell'art. 1, *il contratto di lavoro oggetto della presente legge è quello col quale un operaio o altro lavoratore manuale si obbliga al servizio di un imprenditore o padrone, mediante equa retribuzione che questo si obbliga di corrispondergli*. Sul fallimento della riforma ci sia consentito il rinvio a P. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro*, cit., pp. 203-229.

i domestici ⁽⁴⁸⁾, se è vero che Filippo Turati, in seno ai lavori della commissione parlamentare sulla riforma del contratto di lavoro, dovrà preoccuparsi dell'inclusione dei domestici tra i destinatari della legge ⁽⁴⁹⁾.

La mancata approvazione del progetto di riforma risolve il dilemma normativo, ma non certo il problema sociale. Il lavoro domestico rimane la sottospecie di un contratto virtuale.

Nel momento in cui cominciano ad affermarsi le prime tutele nel lavoro tutte focalizzate sulla tutela dell'integrità fisica rispetto alla pericolosità del lavoro manuale, il lavoro servile si divide, si frammenta alla rincorsa delle tutele, ma non perde la sua identità d'insieme, proprio perché non arriva la grande legge sul contratto di lavoro.

Col r.d.l. del 15 marzo 1923 n. 692 si giunge ad una definizione, per certi versi avveniristica, del lavoratore domestico come operatore della convivenza: *si considerano lavori domestici tutte le prestazioni di opera inerenti al normale funzionamento della vita interna di ogni famiglia o convivenza, come: collegio, convitto, convento, caserma, stabilimento di pena.*

Si tratta di una bella definizione per escludere il lavoro dome-

⁽⁴⁸⁾ La Commissione parlamentare modifica l'art. 1 del testo governativo, inserendo anche l'espressa esclusione dei domestici dall'applicazione della legge: *La presente legge si applica ai lavoratori che prestano servizio mediante retribuzione nelle imprese industriali e agricole alla dipendenza o sotto la direzione e sorveglianza di un padrone o imprenditore. Non si estende ai domestici ed ai lavoratori addetti alle aziende gestite direttamente o indirettamente dallo Stato e dalle altre pubbliche amministrazioni. Ai lavoratori a domicilio e ai commessi di commercio si applicano soltanto le disposizioni che espressamente li contemplano* (Camera dei deputati, Leg. XXI — 2^a se ss. 1902 — doc. 205-A, Relazione della Commissione composta dai deputati: Chimirri, presidente e relatore, Crespi, Gallini, Tecchio, Fasce, Turati, Raggio e Brunialti sul Disegno di legge presentato dal Ministro di Grazie giustizia e dei culti Cocco Ortu di concerto col ministro di Agricoltura, industria e commercio, sul contratto di lavoro, nella seduta del 26 novembre 1902, p. 17).

⁽⁴⁹⁾ Turati « è d'avviso che i domestici debbono essere considerati nella legge — per le speciali condizioni dei serventi nelle famiglie, che sono inferiori a quelle di tutti gli altri lavoratori » (Intervento nella seconda seduta del 17 dicembre 1902 della Commissione parlamentare sul disegno di legge Cocco Ortu-Baccelli sul contratto di lavoro, in Archivio storico della Camera di deputati, leg. XXI, documenti 205-206, *Verballi degli Uffici*).

stico, un lavoro domestico più ampio possibile, dalla tutela della durata legale della giornata lavorativa. Il decreto 692 costituisce l'esordio giuslavoristico del primo governo Mussolini: con l'ostentata concessione della giornata di otto ore ⁽⁵⁰⁾ che stravolge chirurgicamente l'impianto normativo ideato da Filippo Turati ⁽⁵¹⁾. L'art. 1 del decreto esclude dall'ambito applicativo il personale addetto ai lavori domestici ⁽⁵²⁾, al personale direttivo delle aziende ed ai commessi viaggiatori. Si arriva così al regolamento sulla limitazione dell'orario di lavoro, allegato al regio decreto 10 settembre 1923 n. 1955, che, all'art. 3, spiega quali siano i « lavori domestici » da considerarsi ai sensi dell'art. 1 del decreto 692.

Il lavoro domestico esce pressoché indenne persino dalla cappa regolativa del fascismo, in virtù dell'espressa esclusione, sancita dall'art. 52 Regio Decreto 1° luglio 1926, n. 1830, dall'area della contrattazione collettiva, dal vero diritto del lavoro (corporativo). La dottrina giustifica l'esclusione richiamando con poche varianti il barassiano concetto di « benevolenza » ⁽⁵³⁾.

⁽⁵⁰⁾ Le otto ore per legge compaiono in prima pagina nel « Corriere della Sera » del 16 marzo 1923.

⁽⁵¹⁾ Una legge che accoglie lo schema normativo che si era delineato e consolidato tra il 1919 e il 1922 partendo dall'impianto della relazione di Turati al Consiglio superiore del Lavoro, per arrivare ai lavori della Commissione parlamentare del 1922, passando per i disegni di legge del 1920 e 1921. Lo schema è quello di Turati, le modifiche sono lievi sul piano formale ma calibrate in maniera tale da stravolgerne i contenuti. Il giorno dopo sulla « Critica sociale » Turati osservava: « identica la scatola ma... evaporato il contenuto. Sono riprodotte persino le intitolazioni degli articoli. Soltanto, con sapienti incisioni ed omissioni, la virtù, la efficacia della legge sono volate via. La carcassa è quella: l'anima sola ne è esulata » (F. TURATI, *Critica sociale*, 16 marzo 1923, p. 85, citato in G. SALVEMINI, *Sotto la scure del fascismo (Lo stato corporativo di Mussolini)*, Torino, 1948, p. 322).

⁽⁵²⁾ L'esclusione dei 'lavori domestici' dal regime delle otto ore era peraltro già prevista nell'art. 1 dello schema approntato dal Turati.

⁽⁵³⁾ Casanova si limita a considerare, citando Barassi, che « il legislatore si affida allo spirito di benevolenza che, per la natura dell'ambiente in cui il rapporto si svolge, si ritiene normalmente immancabile » (M. CASANOVA, *Studi sul diritto del lavoro*, Pisa, 1929, p. 104). Sempre citando Barassi, Paolo Greco evoca « i sentimenti affettivi e di benevolenza, che dominano normalmente nell'ambiente domestico » (P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Filippo Vassalli, vol. VII, tomo III, Torino, 1939, p. 156). Per Ardaù è pacifico come il rapporto di lavoro dome-

Il regime si limita così a regalare a questi figli di un 'Alfredo Rocco minore' scampoli di assimilazione al lavoro 'vero' con la previsione del libretto di lavoro, ai sensi della legge 10 gennaio 1935 n. 112, e della tessera sanitaria, in virtù della legge 22 gennaio 1939 n. 1239.

Il codice civile del 1942 fa diventare il lavoro domestico un lavoro speciale⁽⁵⁴⁾, staccando ancor di più il prestatore dalla prestazione. Ai sensi dell'art. 2240 c.c. oggetto del rapporto è la prestazione di servizi domestici. Vitto, alloggio e assistenza rimangono diritti del prestatore ammesso alla convivenza familiare. Attraverso il ricorso agli usi si cerca una mediazione tra il costume sociale e una regolazione del lavoro domestico come particolare rapporto di lavoro subordinato. Le fonti del rapporto, oltre alle norme codicistiche, sono la convenzione e gli usi quando più favorevoli (art. 2240 c.c.). Gli usi stabiliscono se l'indennità di anzianità è dovuta anche in caso di dimissioni. Sempre gli usi dettano le modalità del riposo settimanale (art. 2242 c.c.).

Anche i successivi passaggi legislativi vanno letti nella dialettica

stico sia « contraddistinto dall'elemento della benevolenza » (G. ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, Milano 1942, p. 113). Al barassiano concetto di « benevolenza » si affida con sicurezza anche Luisa Riva Sanseverino (L. SANSEVERINO, *Del lavoro domestico*, in *Commentario Scialoja-Branca*, libro quinto del lavoro, Bologna-Roma 1943, pp. 820 e 823). Un concetto definito « evanescente » da Carlo Segà (C. SEGÀ, *Appunti in tema di lavoro domestico*, in « Il diritto del lavoro, XXII (1948), pt. I, p. 486 nt. 2).

(⁵⁴) Sul rapporto di lavoro domestico novecentesco, tra i tanti, spesso fugaci, contributi si vedano L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., 2^a ed., pp. 809-813; G. D'AMARIO, *Domestici*, in « Enciclopedia giuridica italiana », vol. IV, parte VI, Milano, 1922, pp. 513-536; M. CASANOVA, *Studi sul diritto del lavoro*, cit., pp. 103-107; P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 155-156; L. RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro domestico*, in *Commentario Scialoja-Branca*, libro quinto del lavoro, 2^a ed., Bologna-Roma, 1956, p. 61; L. BARASSI, *Diritto del lavoro*, Milano 1945, pp. 17-19; C. SEGÀ, *Appunti in tema di lavoro domestico*, cit., pp. 484-494; M. PERSIANI, *Lavoro domestico*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII(1964), pp. 826-836; M. OFFEDDU, *Il lavoro domestico*, in *Trattato Rescigno*, vol. 15, *Impresa e lavoro*, Torino, 1986, pp. 655-672 (voce aggiornata da Donata Gottardi nella seconda edizione del trattato edita nel 2004); M. MC BRITTON, *Lavoro domestico*, in *Digesto discipline privatistiche sezione commerciale*, vol. VIII, Torino, 1992, pp. 225-233; M. FRANCO, *Lavoro domestico*, in *Diritto del lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci*, vol. II, a cura di C. Cester, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Torino, pp. 188-193.

tra omologazione e specialità. L'art. 11 della legge 29 aprile 1949 n. 264 esonera i datori di lavoro domestico dall'obbligo di assunzione di persone iscritto nelle liste di collocamento. L'art. 1 della legge 18 gennaio 1952 n. 35 estende agli addetti ai servizi domestici l'assicurazione per l'assistenza di malattia. La legge 27 dicembre 1953 n. 940 sancisce il diritto alla tredicesima mensilità per i lavoratori domestici.

5. *Gli anni della modernizzazione: rincorse normative e rifondazioni sociologiche.*

Negli anni del *boom* economico, anzi proprio nell'anno « decisivo »⁽⁵⁵⁾ a cui viene fatto risalire l'inizio del miracolo⁽⁵⁶⁾, della 'grande trasformazione', viene approvata la legge 2 aprile 1958 n. 339 *Per la tutela del lavoro domestico*. Mentre nel 1923 il legislatore aveva adottato una definizione di lavoro domestico aperta a qualsiasi contesto di convivenza, ma non certo per favorire i domestici, la legge del 1958, che vuole essere una legge di tutela, parte da una definizione tutta concentrata sul lavoro nella famiglia⁽⁵⁷⁾, che impone un'interpretazione estensiva se non si vuole escluderne l'operatività rispetto a forme di convivenza strutturate sul modello della famiglia.

La definizione di lavoro domestico è molto meno banale di quanto possa apparire. L'attenzione si sposta dal soggetto all'oggetto della prestazione. Non esiste, il domestico ma esistono i ser-

(55) Sul 1958, come « anno decisivo », cfr. G. CRAINZ, *Storia del miracolo italiano. Culture, identità, trasformazioni fra anni cinquanta e sessanta*, Roma, 1996, pp. 53-56.

(56) Tra i tanti contributi si vedano A. CARDINI (ed.), *Il miracolo economico* cit.; S. LANARO, *Storia dell'Italia repubblicana*, Venezia 1992; G. CRAINZ, *Storia del miracolo*, cit.; V. VIDOTTO, *Italiani/e. Dal miracolo economico a oggi*, Roma-Bari 2005.

(57) Art. 1 Norme generali: La presente legge si applica ai rapporti di lavoro concernenti gli addetti ai servizi domestici che prestano la loro opera, continuativa e prevalente, di almeno 4 ore giornaliere presso lo stesso datore di lavoro, con retribuzione in denaro o in natura. S'intendono per addetti ai servizi personali domestici i lavoratori di ambo i sessi che prestano a qualsiasi titolo la loro opera per il funzionamento della vita familiare, sia che si tratti di personale con qualifica specifica, sia che si tratti di personale adibito a mansioni generiche.

vizi domestici. La giuridicità del servitore esisteva nella misura in cui non poteva essere normativizzata. Nell'Ottocento giuridico, e peggio ancora con il principio di eguaglianza fissato nella carta costituzionale, la soggezione, l'inferiorità del domestico doveva essere necessariamente messa tra parentesi. Nel momento in cui lavorare a servizio è una libera scelta, e non più una benedizione o maledizione inevitabile, ecco che è possibile regolare il lavoro domestico, proprio perché non esiste più il domestico.

Si tratta di una legge dunque che deve tener conto di tutte le sfumature che può assumere il servizio domestico di almeno quattro ore giornaliere. Una legge pensata per il maggiordomo, ma anche per la 'donna a mezzo servizio' e, più in generale, per il servizio domestico prestato senza vitto e alloggio. La previsione di norme sulla contrattazione collettiva ha proprio il significato di smontare definitivamente i vecchi ingranaggi per collocare le specificità del lavoro domestico nelle periferie del diritto del lavoro.

Ma non sarebbe bastata una legge per alterare un fenomeno come quello del lavoro domestico da sempre protetto dal costume sociale da qualsiasi invadenza normativa. La legge appunto recepisce (tardivamente), ma non alimenta la tendenza sociale.

Col *boom* economico, che significa anche scolarizzazione diffusa, televisione, tramonto della ruralità e, se vogliamo incubazione del Sessantotto, un insieme di fattori di evoluzione culturale e giuridica stravolgono il modello familiare, che concepiva la convivenza tra padroni e servitori, e soprattutto le dinamiche del mercato del lavoro. Il lavoro-a-servizio non è più una discesa obbligata e senza ritorno nel girone nella marginalità.

La famiglia patriarcale ⁽⁵⁸⁾, quella che chiedeva e offriva lavoro servile, crolla come modello, sotto il peso di una modernizzazione tardiva quanto compulsiva come quella italiana ⁽⁵⁹⁾. Negli stessi

⁽⁵⁸⁾ Per un'analisi dell'evoluzione storica della famiglia, vista sotto il profilo dell'autorità paterna, si veda M. CAVINA, *Il padre spodestato. L'autorità paterna dall'antichità a oggi*, Roma-Bari, 2007.

⁽⁵⁹⁾ « Saltare cent'anni in un giorno solo, dai carri dei campi agli aerei nel cielo », nel 1967, cantava, per l'ultima volta, Luigi Tenco, in *Ciao amore ciao*.

anni si assiste alla fuga dalle campagne ⁽⁶⁰⁾, ad un'emigrazione interna con effetti di sradicamento sociale ⁽⁶¹⁾. Emigrano verso la città i mezzadri toscani ⁽⁶²⁾, verso la fabbrica i braccianti meridionali.

Dalle svariate periferie dell'arretratezza culturale e sociale verso la metropoli, emigrano persino le domestiche, raccontate di sfuggita nella commedia all'italiana. Il fatto che le donne di servizio, come le stagioni, non siano più quelle di una volta diventa un'opinione diffusa se è vero che si pubblicano prontuari con titoli che danno la percezione del bisogno di difesa dalle (nuove) domestiche, manuali che evidentemente soddisfano una reale preoccupazione delle signore di quella che un tempo veniva definita la buona borghesia milanese ⁽⁶³⁾.

La tutela del lavoro domestico è arrivata oltre il tempo massimo storico ⁽⁶⁴⁾, poiché, come nota con arguzia il Pera, « la situazione di mercato giuoca nettamente a favore di questi lavoratori, come ben sanno tutte le padrone di casa » ⁽⁶⁵⁾.

Il lavoro domestico anticipa, questa volta, il diritto del lavoro, scoprendo una flessibilità 'buona' dettata dalla parte lavoratrice che impone un servizio domestico sempre più frammentario, sempre più circoscritto a livello di ore lavorative, che intercetta prima i nuovi bisogni della famiglia « miracolata » ⁽⁶⁶⁾, della famiglia mo-

⁽⁶⁰⁾ Sul tramonto dell'Italia rurale tra i tanti si vedano A. CARDINI, *La fine dell'Italia rurale*, cit.; V. VIDOTTO, *Italiani/e*, cit., pp. 29-41.

⁽⁶¹⁾ Si vedano le impressionanti cifre sull'emigrazione negli anni del miracolo economico riportate in S. LANARO, *Storia dell'Italia repubblicana*, cit., pp. 246-247.

⁽⁶²⁾ Sul tramonto del sistema mezzadrile toscano si vedano Z. CIUFFOLETTI - G. CONTINI, *Il destino sociale dei contadini toscani dopo la fine della mezzadria*, in P.P. D'ATTORRE - A. DE BERNARDI (edd.), *Studi sull'agricoltura italiana: società rurale e modernizzazione*, Milano, 1993, pp. 267-282.

⁽⁶³⁾ C. VINCIPACE, *Voi e la donna di servizio: tutto sul rapporto di lavoro domestico*, Milano 1968.

⁽⁶⁴⁾ Proprio in un clima di contestazione dell'assetto tradizionale della famiglia viene approvata, con d.p.r. 31 dicembre 1971, n. 1403, la disciplina dell'obbligo delle assicurazioni sociali nei confronti dei lavoratori addetti ai servizi domestici e familiari, nonché dei lavoratori addetti a servizi di riassetto e di pulizia dei locali.

⁽⁶⁵⁾ G. PERA, *Diritto del lavoro*, 6ª edizione, Padova, 2000, p. 377.

⁽⁶⁶⁾ « La famiglia 'miracolata' [...] sancisce la fine della civiltà del patrimonio e

dernizzata e democratica che esce dalla riforma del 1975 ⁽⁶⁷⁾, poi le esigenze della famiglia ristretta (in verticale) e allargata (in orizzontale) degli ultimi decenni. Emergono sempre più figure di lavoratori che impiegano poche ore della giornata o della settimana o persino del mese al servizio di una famiglia o di un contesto di convivenza. Figure che coesistono con tradizionali tipologie contrattuali, rivisitate nella modernità, che si distinguono dal lavoro subordinato, solo per la natura non imprenditoriale della direzione datoriale.

I lavori domestici sono dunque sempre più eterogenei per essere effettivamente forgiati a livello legislativo, ma al tempo stesso troppo personalizzati per non essere pervasi da un'intensa e vivace giuridicità che stenta a ritrovare una forma. Il nuovo lavoro domestico, sempre in bilico tra flessibilità e sommerso, tra l'Ottocento e il Duemila, più che una risorsa della famiglia, diventa il variegato contenitore dell'incontro tra tanti prodotti lavorativi e tanti consumi familiari. In questo contesto il maggiordomo, che magari si reinventa assistente personale, coesiste con l'assistente ad animali domestici ⁽⁶⁸⁾.

l'inizio della civiltà del consumo » (S. LANARO, *Storia dell'Italia repubblicana*, cit., p. 244).

⁽⁶⁷⁾ Basti pensare che prima della legge 19 maggio 1975, n. 151, la condizione esistenziale della moglie coincideva sostanzialmente con il quadro normativo ottocentesco. L'art. 144 del codice civile del 1942, confermando il contenuto dell'art. 131 del codice civile del 1865, stabiliva: *il marito è il capo della famiglia; la moglie segue la condizione di lui, ne assume il cognome ed è obbligato ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno fissare la sua residenza*. L'art. 127 del Codice civile Albertino del 1837, con la traduzione dell'art. 214 del codice napoleonico, prevedeva: *La moglie è obbligata ad abitare col marito ed a seguirlo dovunque egli crede opportuno di stabilire la sua residenza*. Sull'evoluzione giuridica della famiglia e sulla condizione giuridica della donna, si vedano almeno P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia 1796-1975*, Bologna, 1974, rist. 2002; M.R. DI SIMONE, *La condizione femminile dal codice del 1865 al codice del 1942: spunti per una riflessione*, in *I cinquant'anni del Codice civile* — Atti del convegno di Milano, 4-6 giugno 1992, Milano, 1993, pp. 561-593.

⁽⁶⁸⁾ Basti pensare alle tipologie di lavoro domestico contenute nel contratto collettivo di lavoro sulla disciplina del rapporto di lavoro domestico del 2007 con decorrenza 1° marzo 2007-28 febbraio 2011, stipulato tra la Federazione italiana datori di lavoro domestico e l'Associazione nazionale datori di lavoro domestico, da una parte, e FILCAMP-CGIL, FISASCAT-CISL, UILTUCS-UIL e Federcolf, dall'altra. Nel livello A troviamo i collaboratori familiari generici: addetti alle pulizie, addetti alla lavanderia,

6. *La neo-domesticità globalizzata.*

Per le strane vie percorse dalla storia negli anni Novanta, ecco apparire un fenomeno vivacemente inedito, ma dai contenuti antichi, come quello delle badanti straniere ⁽⁶⁹⁾.

Il lavoro domestico, a livello di prototipo antropologico, esce dall'album fotografico della famiglia borghese novecentesca per presentarsi in un complicato intreccio tra regolazione dell'immigrazione, famiglia e lavoro. Si tratta per certi versi di un corto circuito storico, la riscoperta di un fenomeno che al tempo stesso registra la conclusione di un ciclo storico in termini di benessere sociale. Il lavoro servile, che nell'antico ordine costituiva quasi una forma di sicurezza sociale, e che nell'Ottocento garantiva condizioni minime agli individui che non volevano o non potevano entrare nel mercato del 'vero' lavoro, ora è concepito come mezzo per fronteggiare le carenze di uno Stato sociale entrato in crisi, nella realtà italiana ⁽⁷⁰⁾, prima ancora di essere stato compiutamente realizzato.

aiuto di cucina, stallieri, assistenti ad animali domestici, addetti alla pulizia ed annaffiatura delle aree verdi, operaio comune con mansioni di fatica per le grandi pulizie e la piccola manutenzione. Nel livello A super troviamo l'addetto alla compagnia che svolge mansioni di mera compagnia a persone autosufficienti e la baby sitter. Al livello B troviamo i collaboratori familiari qualificati: il collaboratore generico polifunzionale che segue l'andamento generale della casa svolgendo mansioni di pulizia e riassetto (la colf, insomma, come percepita socialmente), custode di abitazione privata, addetto alla stileria, cameriere, giardiniere, operaio qualificato, autista, addetto al riassetto camere e servizio di prima colazione. Nel livello B super è collocato l'assistente a persone autosufficienti. Il livello C è caratterizzato da collaboratori familiari che agiscono in piena totale autonomia e responsabilità, come nel caso del cuoco. Il livello C super riguarda chi assiste, senza formazione, persone non autosufficienti. Il livello D è riservato all'aristocrazia domestica, e quindi ai collaboratori, con adeguata formazione, che svolgono mansioni con assunzione di responsabilità e autonomia operativa: amministratore dei beni familiari, maggiordomo, governante, capocuoco, capo giardiniere, istitutore. Il livello D super è riservato all'assistente qualificato a persone non autosufficienti e il direttore di casa.

⁽⁶⁹⁾ Nel 2000 all'Inps risultavano registrati 250.000 lavoratori domestici italiani e oltre 135.000 stranieri. Il dato è riportato da G. GOTTARDI, *Il lavoro domestico*, cit., p. 847.

⁽⁷⁰⁾ Sulla poco esaltante traiettoria storica dello stato sociale italiano si vedano L. GAETA - A. VISCOMI, *L'Italia e lo Stato sociale*, in G.A. RITTER, *Storia dello Stato sociale*, Roma-Bari, 2003, pp. 227-276.

L'incastro pressoché perfetto tra le dinamiche socio-demografiche italiane e quelle transnazionali, che vanno dal crollo del Muro alla globalizzazione, determina il problema della regolazione dell'immigrazione anche per quanto concerne il lavoro post-servile di assistenza agli anziani. La legge 30 luglio 2002 n. 189 introduce il contratto di soggiorno per lavoro subordinato, amplificando la tendenza normativa a governare il fenomeno immigratorio sul piano del lavoro, come espressione di integrazione ⁽⁷¹⁾: l'incrocio tra cittadinanza, nazionalità, diritti della persona e lavoro subordinato fa diventare domestico anche il lavoro non domestico ⁽⁷²⁾. Il lavoro domestico così da periferia del diritto del lavoro diventa il centro di questo scientificamente improbabile diritto del lavoro (immigrato).

Un contratto di lavoro di soggiorno applicato al lavoro domestico è, sì, un contratto di lavoro con mansioni ben determinate e socialmente riconoscibili, con tutele ⁽⁷³⁾ persino maggiori a quelle conosciute in buona parte del Novecento dagli italici domestici, ma non è un normale contratto di lavoro. È una sorta di bio-contratto che incide sul profilo esistenziale del prestatore, perché decide persino sull'appartenenza alla legalità. Il contratto consegna al lavoratore uno *status*, caratterizzato da una dipendenza alla parte datoriale che va oltre lo stretto rapporto lavorativo, specie allorquando non si tratta di lavoro domestico ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷¹⁾ La dottrina giuslavoristica ben presto ha avvertito il problema del lavoro subordinato in termini di diritti della persona. Si veda A. VISCOMI, *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato. Tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale*, Napoli, 1991.

⁽⁷²⁾ Ai sensi dell'art. 5-*bis*, il contratto di soggiorno per lavoro subordinato contiene: *a*) la garanzia da parte del datore di lavoro della disponibilità di un alloggio per il lavoratore che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica; *b*) l'impegno al pagamento da parte del datore di lavoro delle spese di viaggio per il rientro del lavoratore nel paese di provenienza.

⁽⁷³⁾ Sul diritto del lavoro domestico applicabile ai lavoratori stranieri si veda almeno M. FRANCO, *Il lavoro domestico*, cit., p. 190.

⁽⁷⁴⁾ Ai sensi dell'art. 18/2 della legge 30 luglio 2002 n. 189, che sostituisce l'art. 22 del testo unico di cui al decreto legislativo n. 286 del 1998, il datore di lavoro italiano o straniero regolarmente soggiornante in Italia che intende instaurare un rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato o indeterminato con uno straniero residente

Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato certo giuridicamente non si risolve nella categoria del lavoro domestico, eppure storicamente sembra lavoro domestico all'ennesima potenza in tutta la sua strepitosa capacità di rievocare i tempi in cui lavorare al servizio di un padrone implicava una vita al servizio, in compagnia di un padrone, che si traduceva in una dipendenza esistenziale in grado di annullare ogni diritto di cittadinanza.

all'estero deve presentare allo sportello unico per l'immigrazione della provincia di residenza ovvero di quella in cui ha sede legale l'impresa, ovvero di quella ove avrà luogo la prestazione lavorativa: *a*) richiesta nominativa di nulla osta al lavoro; *b*) idonea documentazione relativa alle modalità di sistemazione alloggiativa per il lavoratore straniero; *c*) la proposta di contratto di soggiorno con specificazione delle relative condizioni, comprensiva dell'impegno al pagamento da parte dello stesso datore di lavoro delle spese di ritorno dello straniero nel Paese di provenienza; *d*) dichiarazione di impegno a comunicare ogni variazione concernente il rapporto di lavoro.

GIULIO CIANFEROTTI

UFFICIO DEL GIURISTA NELLO STATO AUTORITARIO
ED ERMENEUTICA DELLA RETICENZA.
MARIO BRACCI E PIERO CALAMANDREI:
DALLE GIURISDIZIONI D'EQUITÀ DELLA GRANDE
GUERRA AL CODICE DI PROCEDURA CIVILE DEL 1940

1. Bracci, Calamandrei, le giurisdizioni d'equità e la certezza del diritto negli anni Venti. — 2. Principio di legalità, antigermanesimo e conservatorismo liberale nel codice 'mus-soliniano' di procedura civile del '40. — 3. « Dissimulazione onesta » ed « ermeneutica della reticenza ». Il 'collaborazionismo' necessario degli universitari oppositori al regime.

1. *Bracci, Calamandrei, le giurisdizioni d'equità e la certezza del diritto negli anni Venti.*

Tra gli scritti degli anni sassaresi ⁽¹⁾, Bracci pubblica nel 1927 nella « Rivista di diritto processuale civile » anche una nota sulla

(1) All'ultimo drammatico scorcio di lotta politica che tra il '24 e il '25 tenne dietro al delitto Matteotti e condusse al crollo dello Stato liberale, seguirono per Bracci l'allontanamento da Siena, l'incarico a Sassari, la partenza per la Germania, il soggiorno a Heidelberg, il ritorno in Sardegna, gli anni sassaresi sino al '28. E poi i concorsi, quello di Messina del '26 e la vittoria del concorso di Sassari del '27. Alla fine di quell'anno, il trasferimento di Silvio Lessona all'Istituto superiore di commercio di Firenze libera la cattedra senese di Diritto amministrativo. Il 1 novembre 1928 Bracci sale la cattedra senese (cfr. G. CIANFEROTTI, *Dottrine generali del diritto e lotta politica in Italia alla metà degli anni Venti. Il libro di Mario Bracci su «Le pensioni di guerra»*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XXXVII, 2007, pp. 373-417; Id., *I primi scritti di Mario Bracci e la cultura della « generazione del Novecento »*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », LV, 2005, pp. 911-960).

Correzione degli errori delle sentenze (2), dove il lessico della volontà, la signoria della volontà del soggetto individuale e dello Stato, i tradizionali schemi pandettistici, soggettivistici e volontaristici continuano a dominare incontrastati.

È una nota di grande interesse, non solo per la testimonianza che dà sulla fiducia di Bracci nella perdurante fecondità euristica, ermeneutica e classificatrice del tradizionale strumentario teorico e linguistico del soggetto e della volontà, ma soprattutto perché interviene nel largo dibattito sulle fonti del diritto, sull'antica dicotomia tra equità e principi di legalità e di certezza del diritto (3), riaccessosi nei primi anni Venti dinanzi alla moltiplicazione delle giurisdizioni di equità durante la Grande Guerra — dibattito che diverrà poi drammatico con l'esperienza del diritto positivo dei nuovi regimi totalitari, il radbruchiano *gesetzliches Unrecht*, ovvero *das ungerechte positive Recht* (4).

Bracci manifesta la propria fermissima fede in quei principi; e il valore della certezza del diritto — convertito sulla scia di Calamandrei nel principio di legalità (5) e dunque nella credenza nella funzione essenzialmente ricognitiva svolta dal giudice nell'interpretazione-applicazione della legge (6) — rimane una nota costante dei suoi lavori durante l'intero ventennio tra le due guerre ed ispira anche l'ultimo scritto di quel periodo, il saggio del 1941 su *Le que-*

(2) M. BRACCI, *Della correzione degli errori delle sentenze*, in « Rivista di diritto processuale civile », IV, 1927, pt. II, pp. 248-263.

(3) P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 140-146; C. LATINI, « *L'araba fenice* ». *Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 35, 2006, pp. 695-721.

(4) G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in Id., *Gesamtausgabe*, Bd. III, *Rechtsphilosophie III*, Heidelberg, Müller, 1990, pp. 83-93; su cui ora si vedano P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana* cit., p. 137; M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, II, *Il Novecento*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 194-201.

(5) Cfr. *infra*.

(6) Nel giudice « *custode della legge* », come scriverà il Lopez (F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, Tipografia Consorzio Nazionale, 1942, ripubbli. Milano, Giuffrè, 1968, p. 84).

stioni e i conflitti di giurisdizione e di attribuzioni nel nuovo codice di procedura civile (7).

Il saggio, richiesto — come vedremo più avanti — da tempo da Calamandrei, esce sulla « Rivista di diritto processuale civile », insieme all'intervento di Calamandrei stesso su *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica* (8) ed ai commenti al nuovo codice di D'Amelio, Conforti, Redenti e Carnelutti, quasi come un capitolo dell'angoscioso racconto che Calamandrei va scrivendo sulla sorte dei principi di legalità e di certezza, « tra il 1938 e il 1943, cioè durante quel quinquennio apocalittico in cui il travaglio del mondo è giunto al suo ossessionante parossismo, [...] mentre il mondo si sfasciava e la civiltà traballava dalle fondamenta » (9). Il racconto, scritto nella « ansietà », nella « ribellione » (10) e nella « consapevolezza sempre più tormentosa di un'immane crisi della legalità in cui stavano per essere travolte tutte le costruzioni care ai giuristi » (11), culmina nel '42 con l'accorata recensione al bel libro di Flavio Lopez de Oñate su *La certezza del diritto* (12), la quale viene intesa e riproposta dal

(7) M. BRACCI, *Le questioni e i conflitti di giurisdizione e di attribuzioni nel nuovo codice di procedura civile*, in « Rivista di diritto processuale civile », XVIII, 1941, pp. 165-211.

(8) P. CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in « Rivista di diritto processuale civile », XVIII, 1941, pp. 53-75, poi in ID., *Studi sul processo civile*, V, Padova, Cedam, 1947, pp. 67-90, ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, Morano, 1965, pp. 456-476.

(9) « Nessuno meglio dei giuristi abituati per competenza a guardare il mondo *sub specie iuris*, era in grado di avvertire che quello sfasciamento stava per accadere proprio perché alla società umana stava per mancare quel cemento coesivo che è il diritto, senza il quale tutte le costruzioni dell'umana convivenza ricadono frantumate in caos » (ID., *Avvertenza*, in ID., *Studi sul processo civile*, V, cit., pp. IX-X).

(10) Che negli scritti di quel quinquennio « affiora assai spesso, in quei modi indiretti e allusivi che erano propri dello stile del tempo » (ivi, p. X), insomma nelle note ed obbligate forme mimetiche del nicodemismo degli intellettuali in un regime di privazione della libertà.

(11) Ivi, p. X.

(12) LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., pp. 25-164; P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in « Rivista di diritto commerciale », XL, 1942, pt. I, pp. 341-357, ripubbl. in ID., *Studi sul processo civile*, cit., pp. 91-111, poi in *Opere giuridiche*, I cit., pp. 504-523, e in LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., pp. 169-190. L'incontro di Calamandrei con Lopez è stato ricordato da Giovanni

Lopez anche come « un riflesso » del problema dell'individuo in rapporto allo « Stato etico » e allo « Stato totalitario » di quegli anni ⁽¹³⁾.

Dunque, volontarismo giuridico, principi di certezza del diritto e di legalità sono i motivi che disegnano la trama della *Correzione degli errori delle sentenze*. La riduzione di « molti atti di diritto pubblico », tra cui le sentenze, nella categoria del negozio giuridico — compiuta da Bracci ⁽¹⁴⁾ sulle orme del maestro Cammeo e in specie di una sua nota del 1907 ⁽¹⁵⁾ — implica, com'è stato osservato, che la sentenza come l'atto amministrativo siano considerati « una specie del genere atto pubblico » ⁽¹⁶⁾ e costituisce il presupposto per l'applicazione alla sentenza e all'atto amministrativo della dottrina pandettistica dell'errore nella dichiarazione della volontà, il

Nencioni: « Fu proprio allora che, assillato insieme con l'amico Antonio Segni dal problema della certezza del diritto come garanzia della vita individuale e sociale minacciata dalle concezioni anti-giuridiche del nazismo, egli conobbe un mio amico di ingegno grandissimo, purtroppo destinato a fine precoce, il filosofo del diritto Flavio Lopez de Oñate, autore di un ispirato libro intitolato appunto *La certezza del diritto*. Lo volle incontrare e dirgli calorosamente la sua gratitudine per essersi fatto voce di un grave allarme della coscienza europea » (G. NENCIONI, *Ricordo di un discepolo infedele*, in *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, a cura di P. BARILE, Milano, Giuffrè, 1990, p. 74).

⁽¹³⁾ « Il problema della certezza del diritto, se impostato nei suoi veri termini, non può che apparire un riflesso, o un particolare modo di presentarsi, del problema dell'individualità come fondamento del diritto, come punto di arrivo dell'esperienza giuridica in tutto il suo lungo e faticoso itinerario » (LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., pp. 112-113). Ha richiamato l'attenzione sul nesso presente nell'opera del Lopez tra principio di legalità e ridefinizione del soggetto individuale, P. COSTA, *Lo 'Stato totalitario': un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in « Quaderni fiorentini », 28, 1999, pp. 151-159.

⁽¹⁴⁾ BRACCI, *Della correzione degli errori*, cit., p. 250.

⁽¹⁵⁾ Ivi, p. 250, ntt. 1, 2. La questione dell'errore nella dichiarazione di volontà come vizio degli atti amministrativi, « in difetto di precise disposizioni circa gli atti amministrativi, si deve evidentemente risolvere seguendo, nel limite del possibile, i criteri che valgono per i negozi giuridici di diritto privato » (F. CAMMEO, *L'errore nella dichiarazione di volontà come vizio degli atti amministrativi ed in particolare dei decreti sul ricorso gerarchico*, in « Giurisprudenza italiana », LIX, 1907, III, col. 116).

⁽¹⁶⁾ B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000, p. 143 nt. 208; ID., *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, t. I, pt. I, Milano, Giuffrè, 2000, p. 709.

presupposto per l'impiego della teoria dei vizi nella costituzione del negozio.

Della bibliografia sull'errore nella dichiarazione di volontà citata da Cammeo nello scritto del 1907 — che elencava tutti i contributi più rilevanti tra Ottocento e Novecento, a principiarsi dalle grandi sistemazioni pandettistiche della seconda metà dell'Ottocento del Windscheid, del Regelsberger, del Dernburg, per giungere ai lavori del Crome, naturalmente distinti tra sostenitori della prevalenza della volontà, dell'intenzione, e sostenitori della prevalenza della dichiarazione, mentre, ovviamente, non poteva ancora contenere il futuro breviario dell'indirizzo privatistico nello studio dell'atto amministrativo, il *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte* di Karl Kormann apparso nel 1910 ⁽¹⁷⁾ — Bracci privilegia uno dei suoi autori di quegli anni, Giacomo Venezian ⁽¹⁸⁾, cui aggiunge un dottissimo contributo di Carlo Francesco Gabba ⁽¹⁹⁾ e le considerazioni svolte da Calamandrei nelle pagine della *Cassazione civile* sulla correzione degli errori materiali delle sentenze ⁽²⁰⁾. Ed infine, elabora lui stesso una sua proposta di classificazione degli errori materiali nelle sentenze, che prende in considerazione la « volontà reale » piuttosto che « la natura della deficiente attività intellettuale che produce l'errore o la forma con la quale l'errore si manifesta » ⁽²¹⁾: dunque una ripartizione tutta incardinata sull'elemento volontaristico, sul legame esclusivo della volizione tra soggetto ed atto.

⁽¹⁷⁾ K. KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*, Berlin, Springer, 1910.

⁽¹⁸⁾ BRACCI, *Della correzione degli errori*, cit., p. 250 nt. 2; G. VENEZIAN, *L'errore ostativo*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto, pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, vol. I, Milano, Hoepli, 1905, pp. 185-237, ripubbl. in Id., *Opere giuridiche, I, Studi sulle obbligazioni*, Roma, Atheneum, MCMXIX, pp. 467-519.

⁽¹⁹⁾ C.F. GABBA, *Contributo alla dottrina dell'errore in diritto civile italiano*, in « Giurisprudenza italiana », LII, 1900, pt. I, sez. II, coll. 641-698.

⁽²⁰⁾ BRACCI, *Della correzione degli errori*, cit., pp. 250 nt. 1, 255 nt. 3; P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile, II, Disegno generale dell'istituto*, Torino, Bocca, 1920, pp. 212-214.

⁽²¹⁾ BRACCI, *Della correzione degli errori*, cit., p. 251.

Ma, accanto alla rinnovata professione di volontarismo giuridico, nella nota vi è, come si è detto, una risoluta difesa dei principi di certezza del diritto e di legalità. Dinanzi all'alternativa tra equità e certezza del diritto, Bracci non ha dubbi, sceglie la seconda: « l'equità [...] è indubbiamente norma aderente alle fattispecie concrete della vita più di quanto non sia la legge scritta; ma sostituendo l'equità alla legge scritta per la preoccupazione di una maggior giustizia in qualche caso speciale si perde la più vera e forse l'unica garanzia di giustizia che sta nella certezza del diritto » (22).

E, per Bracci, la certezza del diritto risiedeva proprio nell'osservanza da parte del giudice dei precetti impartiti dall'illuminismo politico-giuridico e declinati dalla teoria ermeneutica positivista, che raffiguravano l'interpretazione-applicazione del diritto come sillogismo giudiziale e risultavano perfettamente contrari ai principi delle giurisdizioni d'equità. La certezza del diritto, « la prevedibilità da parte dei soggetti delle conseguenze dei rapporti da loro instaurati » (23), presupponeva « un'ermeneutica convinta della trasparenza del testo legislativo e della possibilità di accertarne univo-

(22) Ivi, p. 256. E — apparentemente respingendo ogni possibile apertura alle proposte della *Freirechtsbewegung* venute dalla Germania e a quelle giunte d'Oltralpe, tanto dal *bon juge* Magnaud di una giurisprudenza equitativa, quanto da François Génys di un nuovo rapporto tra la *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, che da Raymond Saleilles di un *assouplissement* della legge codificata (sul dibattito italiano seguito alle nuove esperienze tedesche e francesi, si veda ora LATINI, « *L'araba fenice* ». *Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale*, cit., pp. 626-641) — ancora scriveva: « finché l'art. 473 » del codice di procedura civile del 1865, che regola l'istituto della correzione degli errori nelle sentenze, « rimane in vigore, non si può assolutamente prescindere dal sistema che esso accoglie e disciplina. E nell'interpretare questo articolo, a meno che non si seguano audaci dottrine di avanguardia, estranee alla nostra coscienza e al nostro ordinamento giuridico, piuttosto che parlare di interpretazione restrittiva od estensiva — parole prive di significato quando non sussista un *minus quam voluit* od un *plus quam voluit* del legislatore — occorre determinare appunto quale sia il sistema al quale il legislatore italiano si è ispirato ponendo l'istituto della correzione degli errori delle sentenze » (BRACCI, *Della correzione degli errori*, cit., p. 250).

(23) C. MORTATI, *Presentazione*, in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, III, Napoli, Morano, 1968, p. VI.

camente il senso; convinta di poter ricondurre la decisione giudiziale al famoso sillogismo » (24).

Nelle parole di Bracci udiamo distintamente l'eco delle prolusioni di Calamandrei dell'immediato dopoguerra, della riduzione in esse avvenuta della certezza del diritto al principio di legalità e del fondamento di entrambi sui procedimenti sillogistici dell'attuazione giudiziale della legge. Udiamo l'eco della prolusione fiorentina del '20 sulle *giurisdizioni di equità*, che Calamandrei giudicava giurisdizioni di « carattere del tutto eccezionale », un « fenomeno temporaneo, proprio [dei] periodi di transizione » e « di maggiore irrequietezza sociale »; giurisdizioni speciali, moltiplicate tra guerra e dopoguerra (sino ad oltre trecento, per Antonio Segni) (25), « che il legislatore adopra per incanalare il diritto nuovo che preme », per affidare loro l'« ufficio peculiare di formulazione giudiziaria del nuovo diritto », ma in attesa di tornare a « l'espressione normale, riflessa, pacifica, per così dire, del diritto », alla formulazione legislativa e al « sistema della codificazione », di cui, « in tutti gli Stati del Continente europeo », i principi « sono ancora così saldi », così come sono « evidenti i vantaggi che in tempi normali [da essi] derivano [...] alla certezza e alla precisione tecnica del diritto e quindi

(24) P. COSTA, rec. a « Diritto privato », 2001-2002 — VI-VII *L'interpretazione e il giurista*, in « Quaderni fiorentini », 33-34, 2004-2005, t. II, p. 1202.

(25) A. SEGNI, *La legislazione processuale di guerra e la riforma del processo civile*, in « Studi sassaresi », I, 1921, pp. 106-138, poi in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Torino, Utet, 1965, p. 275 nt. 2. Lo scritto del '21 è un saggio 'chiovendiano' — ma anche palesemente debitore nei confronti della prolusione genovese di Vassalli del '19 (*ivi*, p. 282 nt. 1; F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in « Rivista del diritto commerciale », XVII, 1919, pt. I, pp. 1-22, poi in *Id.*, *Studi giuridici*, II, Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1939, pp. 377-403) —, ove Segni esamina — nella prospettiva della « necessaria [...] completa riforma » del processo civile (SEGNI, *La legislazione*, cit., p. 296), « affetto da una complicazione e da una lentezza di svolgimento esasperanti » e che è dunque « quanto di più assurdo si possa immaginare, dato il rapido movimento della vita economica di oggi » (*ivi*, pp. 272-273) —, la composizione e le procedure delle giurisdizioni speciali create dalla « caotica e affrettata legislazione » della guerra e del dopoguerra (*ivi*, p. 296), mentre non dedica che un fugace cenno al nesso tra giurisdizioni speciali ed equità, per negare la necessità di quel nesso (*ivi*, pp. 285-286 nt. 2) e dispiacersi di non aver « potuto tener conto del notevole scritto del Calamandrei pervenutomi solo durante la correzione delle bozze » (*ivi*, pp. 281-282 nt. 2).

alla stessa sicurezza delle libertà individuali » (26). Ma sentiamo anche risuonare le parole di quella senese su *governo e magistratura*, che Bracci aveva potuto ascoltare nel novembre del '21, nell'ultimo scorcio del regime liberale, tra « feroci cozzi di fazioni » e « paurose incognite politiche » (27). Allora, Calamandrei era riandato agli usuali luoghi dell'antiparlamentarismo di fine Ottocento (28) e aveva voluto dire l'amaro disincanto e l'avversione « ai metodi di cinquant'anni di governo parlamentare » (29), che tra guerra e dopoguerra avevano provocato una delle forme più gravi « di ingerenza della politica nella giustizia », proprio con « la sistematica moltiplicazione delle giurisdizioni speciali » (30). In questa maniera la giustizia veniva assorbita nell'amministrazione (31): a molte delle

(26) P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in ID., *Opere giuridiche*, III cit., pp. 47-50, già in ID., *Studi sul processo civile*, II, Padova, Cedam, 1930, pp. 1-55. Insomma, nella prolusione del '20, Calamandrei non aveva ancora fatto l'esperienza dei regimi totalitari e non era dunque in grado di tematizzare la diversità delle funzioni svolte dalle giurisdizioni speciali e dalla partecipazione dei giudici laici nei collegi giudicanti, a seconda dei regimi autoritari o democratici dove vengano istituite: liberticide nei primi ed « invece uno dei mezzi fondamentali per conseguire finalità sociali e per assicurare una più effettiva eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge » nei « regimi costituzionali democratici » (N. TROCKER, *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 80).

(27) P. CALAMANDREI, *Governo e magistratura*, in R. Università Degli Studi Di Siena, *Annuario accademico 1921-1922*, Siena 1922, p. 24, poi in ID., *Studi sul processo civile*, II, Padova, Cedam, 1930, pp. 57-88, ora in ID., *Opere giuridiche*, II, Napoli, Morano, 1966, pp. 195-221.

(28) Sulle vicende dottrinali dell'antiparlamentarismo ci sia consentito rinviare a G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 99-138; ID., *Storia della letteratura amministrativistica italiana. I. Dall'Unità alla fine dell'Ottocento: autonomie locali, amministrazione e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 381-506.

(29) CALAMANDREI, *Governo e magistratura*, cit., p. 37.

(30) Ivi, p. 34; cui, ad avviso di Calamandrei, giungeva fatalmente « la scuola del diritto libero, [che] trasformando il giudice da rigido interprete della legge, in uomo di parte schiavo delle tumultuose correnti politiche del momento, verrebbe a distruggere la giustizia, perché giustizia e politica sono termini antitetici che non possono convivere in buon accordo » (ivi, p. 22).

(31) Calamandrei citava « il fenomeno più impressionante di questi ultimi tempi », l'introduzione « su scala sempre più vasta » nel campo stesso della giustizia civile del « sistema di concedere ad organi amministrativi la facoltà di toglier vigore nel

giurisdizioni speciali belliche e postbelliche era stata attribuita la competenza « a decidere controversie in cui [era] parte la stessa amministrazione », quasi per avviare la « ricostituzione dell'abolito contenzioso amministrativo » e smarrire definitivamente « il principio dell'unità della giurisdizione, che la vecchia Destra aveva consacrato nell'art. 2 della legge 25 marzo 1865 »⁽³²⁾.

A questa deriva Calamandrei opponeva i principi dello Stato di diritto e della teoria ermeneutica positivistica del sillogismo giudiziale che lo sosteneva⁽³³⁾: i principi fondativi del « nostro ordinamento costituzionale », la divisione dei poteri, il principio di legalità⁽³⁴⁾ e quello di certezza del diritto, « la indipendenza politica della magistratura » e l'« autonomia del potere giudiziario », il dovere dei magistrati di « limitarsi a cogliere l'«esatto significato» delle leggi⁽³⁵⁾ e ad « applicarle così come sono, anche se le credon cattive »⁽³⁶⁾ — vale a dire l'« impassibile logica sillogistica » del discorso del giudice nell'ermeneutica positivistica⁽³⁷⁾ —, il carattere generale e astratto della legge, che « il principio giuridico fissa *a priori* » e in questa maniera « riesce a garantire in modo perfetto quell'egual trattamento giuridico di tutti gli interessi simili »⁽³⁸⁾ e la certezza del diritto, « la prevedibilità da parte dei soggetti delle

periodo esecutivo alle sentenze passate in giudicato dell'autorità giudiziaria », come era avvenuto in quell'« agitato dopoguerra » per « quel meraviglioso fenomeno vivente, mostro di tre nature in un sol corpo, un po' legislatore, un po' amministratore, un po' giudice, che si chiama 'Commissario per gli alloggi', il quale, come forse alcuni di voi sanno a proprie spese, ha, tra gli svariati suoi taumaturgici poteri, anche quello di sospendere gli sfratti regolarmente ordinati con sentenza dell'autorità giudiziaria » (ivi, pp. 25-26).

⁽³²⁾ Ivi, pp. 34-35.

⁽³³⁾ COSTA, rec. a « Diritto privato », cit., p. 1202.

⁽³⁴⁾ Il principio cardine dello Stato di diritto liberale, « quello che politicamente si indica come divisione dei poteri o delle funzioni, giuridicamente come principio di legalità » (S. SATTI, *Chiose*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, I, Padova, Cedam, 1969, p. 33).

⁽³⁵⁾ CALAMANDREI, *Governo e magistratura*, cit., pp. 17-20.

⁽³⁶⁾ Compiendo — « al di sopra dei sentimenti e delle idealità di partito » — il « loro ufficio, talora duro e ingrato a loro stessi, ma sempre austero e rettilineo » (ivi, p. 36).

⁽³⁷⁾ COSTA, rec. a « Diritto privato », cit., p. 1203.

⁽³⁸⁾ CALAMANDREI, *Governo e magistratura*, cit., p. 22.

conseguenze dei rapporti da loro instaurati »⁽³⁹⁾, in cui consiste in definitiva la giustizia.

« Il problema della giustizia » veniva risolto da Calamandrei in quello della certezza del diritto e quello della certezza nel principio di legalità, ovvero nella separazione del momento della formulazione legislativa del diritto in via generale ed astratta ad opera di organi politici, da quello successivo dell'interpretazione e dell'applicazione oggettiva della legge ai rapporti concreti da parte di giudici indipendenti e imparziali⁽⁴⁰⁾ e dell'osservanza da parte dei cittadini delle « loro pronuncie, obbedendo alle quali si obbedisce a quella voce augusta della Patria che è la legge »⁽⁴¹⁾.

2. *Principio di legalità, antigermanesimo e conservatorismo liberale nel codice « mussoliniano » di procedura civile del '40.*

« Questo culto della legalità a tutti i costi, questo sconsolato ossequio alle leggi, solo perché sono tali »⁽⁴²⁾, segnano l'opera e « la moralità del giurista »⁽⁴³⁾ Calamandrei e del giurista Bracci

⁽³⁹⁾ C. MORTATI, *Presentazione*, in CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, cit., p. VI.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, p. VII. Cfr. anche M.S. GIANNINI, *La formazione culturale di Calamandrei*, in *Piero Calamandrei*, cit., p. 42. Un'apologia dei principi dello Stato di diritto e della teoria ermeneutica positivista, che rimarrà immota nel corso del ventennio; e così la proposta avanzata dal Calamandrei nel '37 (nel parere sul Progetto Solmi redatto per la Facoltà giuridica fiorentina) di consentire « alle parti di accordarsi per deferire al giudice unico, investito della loro causa, il potere di deciderla in tutto o in parte secondo equità » (R. UNIVERSITÀ DI FIRENZE, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, *Parere della Facoltà di Giurisprudenza a S. E. il Ministro della Giustizia sul progetto preliminare del Codice di procedura civile*, Relazione di P. Calamandrei, Firenze, Poligrafica Universitaria, 1937, poi P. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, in *Id.*, *Studi sul processo civile*, IV, Padova, Cedam, 1939, pp. 103-209, ed ora in *Id.*, *Opere giuridiche*, I, Napoli, Morano, 1965, p. 357), apparirà a Franco Cipriani solo una « canzonatura » dello stesso Progetto Solmi, visto che l'accordo ovviamente « non c'è mai » (F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile. Miti Leggende Interpretazioni Documenti*, Napoli, Esi, 2007, pp. 94-95, 100). Anche rispetto al codice Grandi, Calamandrei ribadì la proposta di subordinare la decisione secondo equità all'accordo delle parti (ivi, p. 103).

⁽⁴¹⁾ CALAMANDREI, *Governo e magistratura*, cit., pp. 41-42.

⁽⁴²⁾ *Id.*, *La certezza del diritto*, cit., p. 177.

⁽⁴³⁾ Ivi, p. 177.

non solo negli « anni fortunosi »⁽⁴⁴⁾ del primo dopoguerra ma lungo l'intera parabola del ventennio⁽⁴⁵⁾, sino al lavoro di Bracci del '41 su *Le questioni e i conflitti di giurisdizione*, alla recensione del '42 di Calamandrei a Lopez e alla memoria difensiva che nelle settimane che precedettero il crollo del regime Calamandrei, coinvolto in un'indagine di polizia avviata a suo carico, dovette inviare al Ministero dell'Educazione Nazionale⁽⁴⁶⁾ e di cui diremo più avanti.

« La fede » di Calamandrei nel principio della certezza del diritto « aveva trovato la sua espressione, perfino poetica, nella prima edizione (1935) di uno dei suoi libri più belli, l'*Elogio dei giudici scritto da un avvocato* »⁽⁴⁷⁾. Nella recensione al Lopez del '42 dive-

(44) ID., *Governo e magistratura*, cit., p. 24.

(45) Sul « tema della legalità » come « cifra espressiva » dell'intera opera del Calamandrei (P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Firenze, Giuffrè, 1986, pp. 147, 142-168; ID., *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 277-281), si vedano anche N. BOBBIO, *Ricordo di Piero Calamandrei*, in « Studi senesi », LXX, 1958, pp. 22-24; S. SATTA, *Interpretazione di Calamandrei*, in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, Cedam, 1968, pp. 484-486, 489; M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 16; S. RODOTÀ, *Calamandrei Piero*, in *Dizionario biografico degli italiani*, XVI, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1973, p. 407; G. TARELLO, *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », VII, 1977, p. 162 e nt. 27; GIANNINI, *La formazione culturale di Calamandrei*, cit., p. 42; G. NENCIONI, *Ricordo di un discepolo infedele*, in *Piero Calamandrei*, cit., p. 74; N. TROCHER, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, ivi, pp. 111-113; M. TARUFFO, *Calamandrei e le riforme del processo civile*, ivi, p. 188; M. CAPPELLETTI, *La « politica del diritto » di Calamandrei: coerenza e attualità di un magistero*, ivi, pp. 254-257; S. GRASSI, *Calamandrei e la funzione parlamentare*, ivi, p. 491.

(46) Ove volle scrivere che « quando il partito diventò regime io concentrai tutta la mia attività nei miei studi di giurista, cercando soprattutto di difendere quel principio di legalità che ho avuto la soddisfazione di veder accolto al centro della nuova codificazione, e proclamato dal Guardasigilli nella sua relazione al Sovrano sul Nuovo Codice di procedura civile » (CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit., p. 310).

(47) A. GALANTE GARRONE, *Calamandrei*, Milano, Garzanti, 1987, p. 178. Dell'*Elogio*, che uscì a Firenze presso Le Monnier, diceva in una pagina scritta « qualche giorno prima di morire, nel 1956, per una prefazione alla traduzione tedesca del libro: "L'*Elogio dei giudici* fu, tra le righe, anche un elogio della legalità, intesa come garanzia della libertà" » (ivi, p. 178). Dunque, per lo stesso Calamandrei, l'*Elogio* fu un esempio di scrittura cifrata, mimetica, che Franco Cipriani propone di leggere come

niva recita di quel suo noto atto di fede nel principio di legalità, che dinanzi alle gesta degli Stati totalitari suona ormai come un costernato *credo quia absurdum*: l'« azione sovvertitrice delle leggi, che può avere la sua moralità e la sua funzione storica, non è la moralità del giurista; il quale, anche quando il contenuto della legge gli fa orrore, sa che nel rispettarla e nel farla rispettare quale essa è, anche se iniqua, si riafferma quell'ideale di uguaglianza e reciprocità umana che vivifica e riscalda l'apparente rigidità del sistema della legalità » (48).

E sarà una desolata lettera di Calamandrei inviata a Bracci nel novembre del '38, nei mesi bui delle leggi razziali e dell'avvio della persecuzione degli ebrei italiani, mentre il Paese, dopo Monaco, si perdeva nell'illusione dello scampato pericolo bellico, a sollecitarlo a quel lavoro, già sopra ricordato, che chiuderà per il giurista senese il ventennio nel nome della legalità e della certezza del diritto, dei valori dello Stato di diritto, *Le questioni e i conflitti di giurisdizione e di attribuzioni nel nuovo codice di procedura civile*, e che a distanza di quasi quarant'anni, a metà degli anni Settanta, Mario Nigro reputerà ancora « fondamentale » su quelle questioni (49), visto che solo nel 1977 sarebbe apparso il volume di Franco Cipriani sul regolamento di giurisdizione (50).

una maniera dissimulata di attaccare *gli intoccabili*, i magistrati, in un regime autoritario (CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit., pp. 213-223), ovvero come uno scritto sospeso *tra canzonatura e piaggeria* (ID., *L'Elogio di Calamandrei tra canzonatura e piaggeria*, in « Il giusto processo civile », 2007, pp. 599-608).

(48) CALAMANDREI, *La certezza del diritto*, cit., p. 177. Per la critica alle « mitizzazioni liberali della certezza del diritto e della legalità risalenti alle radici estreme dell'età borghese », « mitologie resistenti » tra le due guerre e sino al secondo dopoguerra in Calamandrei e in tanta parte della scienza giuridica, si vedano le già richiamate pagine di GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 277-281; e più ampiamente ID., *Stile fiorentino*, cit., pp. 142-168. Al « corto circuito tra diritto, legalità e certezza » in specie nell'opera di Calamandrei, ha dedicato grande attenzione I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 127, 261, 434-441, *passim*.

(49) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 339.

(50) F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, Jovene, 1977; su *La competenza esclusiva delle sezioni unite e i ricorsi per la giurisdizione e per altri motivi*, si

In quella lettera Calamandrei, tornando ad un suo antico tema, poneva la questione del rapporto tra giustizia e amministrazione⁽⁵¹⁾: « Ma insomma, caro Bracci, qualunque cosa avvenga, siamo ormai attaccati al nostro carretto: e anche se siamo gli ultimi superstiti di una razza destinata a sparire, che tra pochi decenni potrà dare argomento alle tesi di laurea in paleontologia, bisogna finché ci siamo continuare a fare il nostro mestiere, che è quello di scrivere articoli sulle riviste giuridiche... Del resto anche continuare a far questo mestiere può aiutare a *vedere* quello che succede d'intorno a noi. Perché, per esempio, Ella non mi fa uno studio su questa tendenza che c'è sempre più evidente nelle nostre leggi (per es. nella Legge sugli Istituti di credito) a trasformare i procedimenti giudiziari in procedimenti amministrativi e ad assorbire la giustizia nell'amministrazione? »⁽⁵²⁾.

Proprio nella recensione del '42 al libro del Lopez su *La certezza del diritto*, Calamandrei rinviava al saggio di Bracci per rilevare la « progressione accelerata » negli ultimi anni del « passaggio dalla giurisdizione di diritto soggettivo a quella di diritto oggettivo; dalla giurisdizione su diritti a quella su interessi »⁽⁵³⁾ — su interessi legittimi intesi in una dimensione oggettiva come strumenti di partecipazione individuale alla tutela dell'interesse pubblico —; insomma, dalla giustizia ordinaria ad un contenzioso amministrativo di carattere oggettivo. Un fenomeno che Bracci aveva già notato fin dal '37, nel formulare per incarico della Facoltà giuridica senese le osservazioni al Progetto preliminare Solmi del Codice di procedura civile, quando aveva rilevato che proprio il modello del processo amministrativo sembrava ispirare « certe linee » del progetto Sol-

veda ora ID., *Il processo civile nello Stato democratico. Saggi*, Napoli, Esi, 2006, pp. 183-198.

⁽⁵¹⁾ P. CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, in ID., *Opere giuridiche*, I, Napoli, Morano, 1965, pp. 65-93, già in « Rivista del diritto commerciale », XV, 1917, pt. I, pp. 759-784, poi in *Studi sul processo civile*, I, Padova, Cedam, 1930, pp. 231-264.

⁽⁵²⁾ ID., *Lettere 1915-1956*, n. 240, Firenze, 16 novembre 1938, t. I, Firenze, La Nuova Italia, 1968, pp. 258-259. La lettera a Bracci è citata anche da GALANTE GARONE, *Calamandrei*, cit., p. 172.

⁽⁵³⁾ « Un interesse individuale occasionalmente protetto » (CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, cit., p. 189).

mi⁽⁵⁴⁾, rispondenti « pienamente alle caratteristiche fondamentali dello Stato Fascista », alla funzionalizzazione pubblica di « tutta la disciplina giuridica dell'attività, anche privata, dei cittadini »⁽⁵⁵⁾. E che nella relazione al Progetto Solmi scritta per la Facoltà giuridica fiorentina Calamandrei osservava nella prospettiva dell'« impenalimento del processo civile »⁽⁵⁶⁾.

Si trattava di uno slittamento, come osservava Calamandrei nella recensione a Lopez — preparato dalla dottrina germanica « nel campo della scienza processuale, da quasi un secolo », con l'invenzione della teoria dell'azione in senso astratto, intesa come astratto potere di chiedere giustizia del tutto irrelato rispetto al diritto sostanziale sottostante⁽⁵⁷⁾, contrapposta al concetto tradizionale dell'azione in senso concreto, concepita, invece, come « un potere posto a garanzia di una certa situazione di diritto sostanziale »⁽⁵⁸⁾ —, uno slittamento che pareva risolversi nella completa funzionalizzazione pubblica del diritto astratto di agire⁽⁵⁹⁾, nel « barbarico diritto astratto di agire », come lo chiamerà Salvatore

⁽⁵⁴⁾ « Un nuovo tipo di processo civile semplice e snello, che si svolge rapidamente sotto il continuo controllo del Magistrato e che fa largo campo di applicazione al principio, secondo cui l'esatta sicura e rapida applicazione del diritto interessa immediatamente allo Stato anche nei rapporti fra privati » (*Sul progetto preliminare del Codice di procedura civile. Osservazioni e proposte formulate dalla Facoltà giuridica della R. Università di Siena* — Relatori Mario Bracci, Alessandro Raselli, in « Studi senesi », LI, 1937, pp. 163-164).

⁽⁵⁵⁾ Ivi, p. 163.

⁽⁵⁶⁾ Quando scriveva di « quel progressivo assorbimento del diritto privato nel diritto pubblico che si compie sotto i nostri occhi in ogni campo del diritto sostanziale, quel graduale attenuarsi delle barriere che, per vecchia tradizione, sembravano insuperabilmente innalzate tra il processo civile ed il processo penale: [tanto] da giustificare la denominazione, adoprata dai giuristi tedeschi per indicare questo movimento, di *Poenalisierung* o *Kriminalisierung des Zivilprozesses* » (CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, cit., p. 357; sul parere del Calamandrei si veda CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit., pp. 94-95).

⁽⁵⁷⁾ CALAMANDREI, *La certezza del diritto*, cit., pp. 179-184.

⁽⁵⁸⁾ Ivi, p. 180; dunque, un concetto di azione autonoma sì, ma intesa come un potere comunque posto a garanzia di un concreto diritto sostanziale soggettivo o di una situazione di diritto oggettivo considerata dalla legge meritevole di tutela.

⁽⁵⁹⁾ In una « legittimazione ad agire nell'interesse pubblico, riconosciuta al singolo *uti civis* », nel « potere generico di denunciare all'autorità giudiziaria la violazione delle leggi di diritto pubblico » (ivi, p. 184).

Satta ⁽⁶⁰⁾, e trovava una perfetta minacciosa rispondenza nel « fenomeno recentissimo » del « *Kampf wider das subjektive Recht* che la dottrina tedesca » aveva « apertamente sferrato » in quell'« ultimo decennio » ⁽⁶¹⁾. Bisognerà giungere al '55, al saggio su *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, perché Calamandrei prenda atto della metamorfosi semantica del diritto astratto di agire in un contesto storico-politico diverso da quello dei regimi totalitari dei primi anni Quaranta, nelle democrazie costituzionali del secondo dopoguerra, e scriva che « nelle legislazioni moderne l'azione in senso astratto è il 'diritto di avere torto', cioè il diritto di ottenere sulla domanda anche infondata una decisione di merito, che accerti se e perché la domanda è infondata », e rappresenta « una garanzia di libertà » ⁽⁶²⁾.

La recensione al libro del Lopez, come abbiamo già detto, era solo l'ultimo dei richiami a *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* che Calamandrei era andato facendo in quegli anni, l'ultimo resoconto di una cronaca martellante degli attacchi che si succedevano al principio di legalità e che nelle sue pagine si infrangevano contro la rinnovata, inesausta professione di fede in esso. È un racconto ininterrotto svolto in tutti gli scritti di quel quinquennio spaventevole tra il '38 e il '42 ⁽⁶³⁾ (ma che già nel '37 ha un prologo nella relazione al Progetto preliminare Solmi) ⁽⁶⁴⁾: basti

⁽⁶⁰⁾ SATTÀ, *Interpretazione di Calamandrei*, cit., p. 486.

⁽⁶¹⁾ CALAMANDREI, *La certezza del diritto*, cit., p. 179; su questa vicenda si veda M. LA TORRE, *La « lotta contro il diritto soggettivo »*. *Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Milano, Giuffrè, 1988.

⁽⁶²⁾ P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in « Rivista di diritto processuale », 10, 1955, I, pp. 191-192, poi in Id., *Opere giuridiche*, V, Napoli, Morano, 1972, p. 614. Il passo è citato da CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit., p. 205.

⁽⁶³⁾ Per la lettura dei motivi che si intrecciano nel pensiero giuridico di Calamandrei in quel « quinquennio apocalittico », tra cui la « difesa della certezza del diritto, ossia il principio di legalità », e la « reazione al nazismo », si vedano anche le pagine di GALANTE GARRONE, *Calamandrei*, cit., pp. 173, 174.

⁽⁶⁴⁾ Relazione che palesemente ricorreva al nicodemismo, all'ambiguità del mimetismo e impiegava la retorica dell'autorità dello Stato e della tradizione nazionale propri del discorso pubblico fascista per sostenere che « la restaurata consapevolezza dei fini eminentemente pubblicistici ai quali è destinato a servire anche il processo ci-

riandare ai due saggi storicistici, ‘crociani’, del ’38 e del ’39, *La relatività del concetto di azione* ⁽⁶⁵⁾ e *Il giudice e lo storico* ⁽⁶⁶⁾. Nel primo, per affermare, sulle orme di Alessandro Pekelis, la storicità di quel concetto ⁽⁶⁷⁾ e descrivere nell’« irrequieto fluttuare di teorie sull’azione » ⁽⁶⁸⁾ civile nell’ultimo secolo — da diritto soggettivo privato, a diritto soggettivo pubblico, a diritto potestativo, a « puro potere pubblico » ⁽⁶⁹⁾ — il « riflesso teorico » nel processo ⁽⁷⁰⁾ della « crisi dell’ordinamento giuridico contemporaneo, e di quel

vile, porta naturalmente a rafforzare i poteri del giudice [...]. Ma aumento dei poteri del giudice non significa necessariamente aumento della *indeterminatezza* dei medesimi: né per accrescere l’autorità del giudice è necessario allargare l’ambito dei suoi poteri discrezionali, che può voler dire del suo arbitrio. [...] Restaurazione dell’autorità dello Stato ha sempre significato, in Italia, restaurazione dell’autorità della legge, intesa come manifestazione della volontà dello Stato emessa in forma generale e astratta; ed anche il Progetto, proprio perché mira a restaurare nel processo l’autorità dello Stato, non può aver voluto aprire il varco a quella malsana tendenza seguita da qualche legge straniera (e della quale è espressione più tipica la legge sul processo civile della Russia sovietica [...]). Il sistema della creazione giudiziaria del diritto, contrario alla chiarezza dello spirito italiano, sembra a maggior ragione in netto contrasto coi principi dello Stato autoritario; [...] se nel nuovo processo si volesse introdurre in misura più vasta il potere discrezionale del giudice in luogo della esatta e precisa disciplina legislativa del processo, questo vorrebbe dire, secondo l’avviso della Facoltà, dar opera a screditare l’autorità della legge che si vuole in ogni campo rafforzare, e con questo andare proprio contro quei principi da cui il Progetto ha preso le mosse » (CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, cit., pp. 306-307).

⁽⁶⁵⁾ ID., *La relatività del concetto di azione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, IV, Padova, Cedam, 1940, pp. 81-101, e in « Rivista di diritto processuale civile », XVI, 1939, pt. I, pp. 22-46, poi in ID., *Studi sul processo civile*, V, cit., pp. 1-26, ora in ID., *Opere giuridiche*, I, cit., pp. 427-449.

⁽⁶⁶⁾ ID., *Il giudice e lo storico*, in ID., *Studi sul processo civile*, V, Padova, Cedam, 1947, pp. 27-51, già in « Rivista di diritto processuale civile », XVI, 1939, pp. 105-128, ed ora in ID., *Opere giuridiche*, I, cit., pp. 393-414. Sia l’estratto de *Il giudice e lo storico* che quello de *La relatività del concetto di azione* furono inviati da Calamandrei in omaggio a Bracci e sono stati da noi ritrovati tra alcuni dei volumi della sua biblioteca che abbiamo avuto occasione di acquistare anni fa presso un antiquario.

⁽⁶⁷⁾ CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., p. 83; lo scritto di Pekelis è naturalmente la nota voce *Azione*, in *Nuovo Digesto italiano*, II, Torino, Utet, 1937, pp. 91-108 (firmata Alessandro Petrelis [sic!], cfr. p. 108).

⁽⁶⁸⁾ CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., p. 99.

⁽⁶⁹⁾ Che l’azione assume nella teoria del « diritto astratto di agire » (ivi, pp. 93, 99), come abbiamo già visto sopra.

⁽⁷⁰⁾ Ivi, p. 94.

concetto di diritto soggettivo, che finora ne costituiva il pilastro centrale » (71) ed ora era oggetto della « aperta guerra » mossa dalla dottrina e dalle riforme del processo civile nella Germania nazional-socialista e nella Russia sovietica (72). Nel secondo saggio su *Il giudice e lo storico*, e nella scia di Guido Calogero, per raffrontare l'attività dello storico con quella del giudice (73), ma anche per ribadire l'indipendenza della giustizia dalla politica contro la « pericolosa aberrazione del “diritto libero” » e l'estensione illimitata dei poteri discrezionali del giudice (74), contro, ancora una volta, le dottrine e le riforme giudiziali che venivano d'Oltralpe e gli echi che suscitavano anche in Italia, come la proposta carneluttiana del '35 di combinare « in giusta dose » legge ed equità nel diritto penale (75) o le tesi di superamento del principio di legalità nel *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, svolte proprio nel '39 da Giuseppe

(71) Ivi, p. 99. « Progressivo affievolimento del diritto soggettivo fino a ridursi a un interesse occasionalmente protetto; allargamento del diritto amministrativo a scapito del diritto civile; assorbimento del processo civile nella giurisdizione volontaria o nella giustizia amministrativa; aumento dei poteri discrezionali del giudice; annebbiamento dei confini non solo tra diritto privato e diritto pubblico, ma anche tra diritto sostanziale e diritto processuale; discredito crescente non solo delle codificazioni, ma della stessa legge intesa come norma generale ed astratta preesistente al giudizio; aspirazione sempre più viva al diritto del caso per caso — tutti questi sono gli aspetti di una crisi che il processualista segue con ansietà nel suo specchio: nel quale si riflette, tradotto in formule di teoria, il vasto travaglio del mondo » (ivi, p. 101).

(72) Ivi, pp. 99-101. Sulle vicende del processo civile nella Germania nazional-socialista si veda TROCKER, *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, cit., pp. 64-90; ed ora P. BÖHM, *Processo civile e ideologia nello Stato nazional-socialista*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », LVIII, 2004, pp. 623-647, ed ivi ampia bibliografia.

(73) CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., pp. 29, *passim*. Sulla genesi del libro di CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, Cedam, 1937, scritto come tesi di laurea senese in Giurisprudenza, sia consentito rinviare a G. CIANFEROTTI, *L'opera giovanile di Norberto Bobbio e l'inizio del suo insegnamento (1934-1940)*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XXXXV, 2005, pp. 96-105, 416-418.

(74) CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., pp. 43, 47.

(75) F. CARNELUTTI, *L'equità e il diritto penale*, in « Rivista di diritto processuale civile », XII, 1935, p. 120; espressamente richiamato da Calamandrei, cfr. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., pp. 47, 48 e nt. 1.

Maggiore⁽⁷⁶⁾; e, al di là delle discussioni dottrinali, contro i concreti progetti di unificazione legislativa italo-germanica che convegni tenutisi a Roma e a Berlino e appositi comitati italo-tedeschi vennero studiando dal 1936 in poi con l'avvento di Arrigo Solmi al ministero di Grazia e Giustizia⁽⁷⁷⁾.

I timori manifestati nei due saggi per lo stravolgimento dei principi processuali che era in corso in Germania e in Russia⁽⁷⁸⁾ furono illustrati in uno studio del '42 su *Il processo civile in Russia*⁽⁷⁹⁾ e in una sequenza serrata di rassegne legislative e dottrinali su *La crisi del processo civile in Germania*, che si succedettero tra il '38 e il '42 nella « Rivista di diritto processuale civile »⁽⁸⁰⁾ e accompagnarono, come vedremo, la sua partecipazione ai lavori di reda-

(76) G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in « Rivista italiana di diritto penale », XI, 1939, pp. 140-161; su Giuseppe Maggiore, Filippo Grispi-
gni, Vincenzo Manzini, Francesco Antolisei, Biagio Petrocelli e il confronto dottrinale con la penalistica tedesca di quegli anni e il diritto penale nazista, si veda ora E. DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in « Quaderni fiorentini », XXXVI, 2007, t. II, pp. 1074-1082.

(77) Si veda la testimonianza resa da Gaetano Azzariti nel processo celebrato contro Dino Grandi nel '47, riportata da F. CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, Esi, 1992, p. 439 doc. n. 149; e cfr. *infra* nt. 119.

(78) Ma che emergono anche in un altro scritto del '39, su *Il processo inquisitorio e il diritto civile*, in CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, I, cit., pp. 420, 421, 425, già in « Giurisprudenza italiana », XCI, 1939, pt. IV, coll. 237-246, rist. in *Studi sul processo civile*, V, cit., pp. 53-65.

(79) ID., *Il processo civile in Russia*, in *Opere giuridiche*, IX, Napoli, Morano, 1983, pp. 737-745, pubbl. in « Rivista di diritto processuale civile », XIX, 1942, pp. 287-284, rist. in *Studi sul processo civile*, V, cit., pp. 321-330.

(80) Ed iniziarono nel '38, per esaminare la proposta avanzata quell'anno da un giurista tedesco di abolire il processo civile e ridurlo a giurisdizione volontaria, e concludere che essa conduceva all'« assorbimento della giustizia nell'amministrazione », era un episodio del *Kampf wider das subjektive Recht* e portava, in definitiva, alla « abolizione dello Stato di diritto, e forse [alla] abolizione del diritto stesso, almeno in quanto l'idea del diritto si ricollegli a quei caratteri di generalità e di astrattezza che sembrano oggi, come garanzia di certezza e di uguaglianza, conquista insopprimibile della civiltà » (ID., *L'abolizione del processo civile?*, in « Rivista di diritto, processuale civile », XV, 1938, pt. I, pp. 336-340, ripubbl. in ID., *Studi sul processo civile*, V, cit., pp. 285-290, ora in ID., *Opere giuridiche*, I, cit., pp. 385-390). Nel '42, Calamandrei così riassume i contenuti delle riforme processuali introdotte dal regime nazionalsocialista nel corso del decennio: « limitazioni sempre più penetranti del principio di legalità, e corrispondente prevalenza sempre più decisa del potere discrezionale; riduzione del

zione del nuovo codice di procedura civile. I suoi interventi 'antigermanici' non rimasero isolati nella processualciviltistica italiana, ad essi si unirono quelli di Enrico Allorio e di Antonio Segni.

Nel '39, agli scritti del Calamandrei si rifece e si aggiunse sulla rivista il testo della prolusione con cui Enrico Allorio aveva salito giovanissimo la cattedra maceratese ⁽⁸¹⁾. I motivi 'antigermanici' della prolusione, il modulo narrativo dicotomico di un'opposizione radicale tra Italia e Germania riguardo al « senso del diritto », della legge e della giustizia, vennero poi espressamente ripresi, ampliati ed accentuati nella prolusione padovana su *l'Ufficio del giurista nello Stato autoritario* ⁽⁸²⁾, apparsa su « Jus » nel '42, alla vigilia della partenza come volontario per la guerra ⁽⁸³⁾, in cui visse la tra-

principio dispositivo; abolizione delle forme processuali; trasformazione sempre più evidente della giustizia civile in un procedimento di polizia, senza garanzie di imparzialità e senza impugnazioni; crisi della certezza dei giudicati, vale a dire il verificarsi in campo processuale di « quell'aspetto della crisi della legalità », della certezza del diritto, « che si può denominare la *crisi della cosa giudicata* » (Id., *La crisi del processo civile in Germania*, in *Opere giuridiche*, IX, cit., pp. 718, 723, 724; già in « Rivista di diritto processuale civile », XV, 1938, pt. I, pp. 130-134, 268-270; XVI, 1939, pt. I, pp. 293-302; XIX, 1942, pt. I, pp. 279-287; poi in *Studi sul processo civile*, V, cit., pp. 291-320). Insomma, come scriverà nell'immediato dopoguerra presentando il quinto volume dei suoi *Studi sul processo civile*, « l'abolizione », operata dalla dittatura hitleriana, « della legalità e della certezza del diritto, ha significato proiettata nel campo del processo, riassorbimento della giustizia nella politica, ossia della struttura logica del processo nell'indeterminatezza dell'arbitrio e dell'irrazionale », il ritorno « al sistema fluttuante e primitivo del giudice politico creatore del diritto per ogni singolo caso » (Id., *Avvertenza*, cit., pp. XI-XII).

⁽⁸¹⁾ E. ALLORIO, *Giustizia e processo nel momento presente*, in « Rivista di diritto processuale civile », 16, 1939, pt. I, p. 230 nt. 1, ripubbl. in Id., *Problemi di diritto*, III, *La vita e la scienza del diritto in Italia e in Europa e altri studi*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 160 nt. 7.

⁽⁸²⁾ Id., *Ufficio del giurista nello Stato autoritario*, in « Jus », III, 1942, pp. 274-291, poi in Id., *Problemi di diritto*, III, cit., pp. 163-182; cui accennano P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, Morcelliana, 1963, pp. 84-85 nt. 84; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, p. 51 nt. 7.

⁽⁸³⁾ Cui aderisce spiritualmente fin dal '40, quando, nella prolusione maceratese letta il 10 dicembre di quell'anno, vuole salutare i combattenti che lottano per « una causa che è la loro ed è nostra », e consacra il lavoro degli studiosi a « far degna la Patria civile della Patria guerriera » (E. ALLORIO, *Verso il nuovo processo civile*, in « Annali

gica ritirata italiana dal Don e poi dopo l'8 settembre la prigionia in Germania ⁽⁸⁴⁾.

La divaricazione, la polarità nella prolusione maceratese, tra i due « movimenti autoritari » italiano e tedesco, tra « senso del diritto », della legge e della certezza del diritto ⁽⁸⁵⁾, che sono la « pre-rogativa », « la tradizione » e « la missione storica dell'Italia » ⁽⁸⁶⁾, e la loro « estraneità » al nazionalsocialismo ⁽⁸⁷⁾, divenivano in quella padovana appassionata apologia dell'ufficio del diritto e del

della R. Università di Macerata per cura della Facoltà di Giurisprudenza », XIV, 1940, p. 194). Anche un altro processualista, Marco Tullio Zanzucchi, dedica ai combattenti l'edizione del 1941 dei suoi corsi sul nuovo processo civile: « Da queste balze trentine dedico la mia fatica ai miei studenti, passati e presenti, che con le armi faranno, son certo, l'Italia vittoriosa e felice, come il giorno che Trento fu nostra. Terlago (Trento), da una italianissima villa. Agosto 1941-XIX » (M.T. ZANZUCCHI, *Il nuovo diritto processuale civile con raffronti al diritto anteriore. Del processo di cognizione*, Milano, Giuffrè, 1941²). E gli « è caro riprodurre » la dedica nella edizione del '42, datata « Milano, giugno 1942-XX » (ID., *Il nuovo diritto processuale civile II. Del processo di cognizione*, Milano, Giuffrè, 1942³), mentre essa non può più apparire nell'edizione dell'anno successivo, che nel colofone leggiamo finita di stampare « il giorno 30 agosto 1943 » (ID., *Il nuovo diritto processuale civile I. Introduzione e parte generale*, Milano, Giuffrè, 1943³).

⁽⁸⁴⁾ C. CONSOLO, *Enrico Allorio e mezzo secolo di Sua direzione della Giurisprudenza Italiana*, in « Giurisprudenza italiana », 147, 1995, pt. IV, coll. 2-3.

⁽⁸⁵⁾ « Il senso della sicurezza e della fissità del diritto » (ALLORIO, *Giustizia e processo nel momento presente*, cit., p. 154).

⁽⁸⁶⁾ « Ogni sottovalutazione del diritto è dunque offesa dello spirito della nazione italiana » (ivi, p. 154).

⁽⁸⁷⁾ Per il quale il diritto « è il mobile riflesso della coscienza popolare, così come questa coscienza è interpretata dal Führer »; pertanto, il principio della certezza del diritto, « il senso del diritto, come aspirazione alla fissità del diritto, all'uniformità del diritto, alla predeterminazione del diritto in testi scritti da ognuno conoscibili, è estraneo alla rivoluzione nazionale tedesca e probabilmente allo spirito popolare tedesco » (ivi, p. 155). Nella prolusione maceratese al corso diritto processuale dell'anno successivo, quella del '40, riconosceva però che in Germania parevano risolti i problemi decisivi del costo e della durata del processo, perché « nella nazione alleata » esistevano « eccellenti istituti e una perfetta organizzazione giudiziaria, che varrebbe la pena di studiare da vicino per trarne insegnamento, [i quali] rendono il ricorso alla giustizia frequente e fiducioso, poiché il privato sa in precedenza che il fare la causa, qualora egli abbia la fondata presunzione di vincerla, non gli costerà che l'anticipo di una modica somma, di predeterminato ammontare, a titolo di tributo giudiziario e dell'onorario al patrono, e dell'attesa d'alcuni mesi al più » (ID., *Verso il nuovo processo civile*, cit., p. 192).

giurista nello Stato autoritario: del diritto, « come strumento e fondamento essenziale dello Stato, anche in regime autoritario »⁽⁸⁸⁾, del giurista (in quanto *Rechtswahrer*, custode e difensore del diritto)⁽⁸⁹⁾, del principio di legalità, della sovranità della legge, della certezza del diritto, del diritto soggettivo⁽⁹⁰⁾, della « libertà » e « universalità » della cultura giuridica nello « Stato autoritario » ita-

(88) Id., *Ufficio del giurista nello Stato autoritario*, cit., p. 172.

(89) Ivi, p. 162 e nt. 1.

(90) Ivi, pp. 174-177. Per Allorio, « le norme che governano le pubbliche potestà hanno, nel nostro ordinamento, un complemento vitale nelle norme che attribuiscono i diritti soggettivi: ciò si rileva nell'organizzazione della giustizia amministrativa, ove, per sfruttare l'energia reattiva del privato titolare dell'interesse legittimo leso dall'atto amministrativo, tale interesse è ingegnosamente convertito in un diritto d'iniziativa, volto all'annullamento dell'atto lesivo ». Dunque, a suo avviso, non pareva rispondere « al concetto di giustizia amministrativa nel presente ordinamento » l'« ingegnoso studio » svolto nella prolusione padovana del '36 dal Guicciardi che proponeva di qualificare il « ricorso del titolare dell'interesse legittimo leso come segnalazione, nel mero interesse pubblico, dell'ingiustizia del provvedimento » (ivi, p. 177 e nt. 30), cioè che riduceva, dal punto di vista sostanziale, l'interesse legittimo ad un interesse di mero fatto, ad un interesse semplice qualificato, che acquista una rilevanza giuridica soltanto ai fini processuali. Nella prolusione padovana Enrico Guicciardi (E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e i principi ricostruttivi della giustizia amministrativa*, in « Archivio di diritto pubblico », II, 1937, pp. 51-70, poi in Id., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, Utet, 1967, pp. 1-23) opponeva alla tradizionale « concezione individualistica della giustizia amministrativa » una « nuova formula prettamente pubblicistica » (ivi, p. 18), negava, come abbiamo detto, carattere sostanziale alla categoria dell'interesse legittimo, « figura logicamente ibrida e dogmaticamente sospetta » (ivi, p. 5), e distingueva « fra illegittimità ed illecità dell'atto amministrativo » (ivi, p. 18). Insomma, disegnava già due distinte sequenze, che poi avrebbe teorizzato (Id., *Norme di relazione e norme d'azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in Id., *Studi di giustizia amministrativa*, cit., pp. 55-66), alle quali mancava solo di aggiungere i due nuovi sintagmi di « norme di relazione » e di « norme di azione », introdotti nel libro del '42 sulla giustizia amministrativa (Id., *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1942, rist. Padova, Cedam, 1994, pp. 30-38). La prima sequenza era costituita dai termini: « 1° norma di relazione; 2° diritto soggettivo; 3° atto illecito; 4° risarcimento del danno; 5° giudice ordinario »; la seconda dai termini: « 1° norma d'azione; 2° interesse; 3° atto illegittimo; 4° annullamento dell'atto; 5° giudice amministrativo; in ciascuna delle quali il termine conclusivo (giudice ordinario o amministrativo) indica la soluzione della questione di giurisdizione; il 4° (risarcimento o annullamento) costituisce il *petitum*; il 3° (atto illecito o illegittimo) è la *causa petendi* passiva, cioè l'allegazione di un fatto contrario alla posizione giuridica affermata; il 2° (diritto soggettivo o interesse) è la *causa petendi* attiva, cioè l'affermazione di una posizione giuridica; mentre il 1° (norma di re-

liano ⁽⁹¹⁾, contro i principi dello « Stato totalitario » nazionalsocialista ⁽⁹²⁾ che ne erano la negazione, a cominciare dal *Führerprinzip* — dal principio del *Führer* inteso come *Rechtsfinder*, come « il “ritrovatore” o meglio, forse, il rivelatore del diritto » ⁽⁹³⁾, e dal conseguente sistema giudiziale germanico della *freie Rechtsfindung* ⁽⁹⁴⁾.

Alle voci di Calamandrei e di Allorio si associò, nel '41, sulla « Rivista del diritto commerciale » quella di Antonio Segni, che dedicò un saggio alla più recente dottrina processuale germanica ⁽⁹⁵⁾.

lazione o norma di azione), riguarda l'indicazione della norma posta a fondamento dell'azione o del ricorso, ed è il termine-base, il punto di partenza, al quale sono necessariamente conseguenti tutti gli altri, fino alla conclusione, senza possibilità di interferenze o di scambi fra i termini dell'una sequenza e quelli dell'altra. Ed è perciò anche l'elemento decisivo per giungere alla conclusione circa la giurisdizione » (ID., *Norme di relazione e norme d'azione*, cit., pp. 59-60).

⁽⁹¹⁾ L'« interesse dello Stato autoritario per la cultura giuridica si specifica come interesse per una cultura buona e compiuta. È in ciò implicita, da parte dello Stato autoritario, l'accettazione della *libertà* della cultura giuridica, nel senso che lo Stato non impone mete e mezzi all'attività del giurista teorico, ma lascia questa arbitra di determinarsi secondo esigenze a essa sostanziali, non assegnate dal difuori ». E « tutti i metodi della ricerca giuridica: storia, comparazione, esegesi, dogmatica [...] confluiscono nel metodo, ch'è uno: [...] ragionare, connettere e costruire ». Nell'« adozione di questo metodo che è, ripeto, *il* metodo, lo Stato autoritario non può interferire, né positivamente né negativamente: esso fornisce puramente il dato per l'elaborazione; e tale dato è appunto l'ordinamento dello Stato autoritario ». Sembra « anzi che in questo momento, in cui la scienza giuridica tedesca assume per molteplici ragioni una configurazione punto idonea all'irradiazione espansiva che fu nei decenni trascorsi suo indubbio carattere, la scuola italiana nella cui ricchezza ed efficienza è stato ravvisata [...] la prova della conciliabilità tra gli studi teorici di diritto e il regime politico dello Stato autoritario, possa esercitare l'influenza esterna e conseguire l'universalità che contingentemente mancano alla scuola tedesca » (ALLORIO, *Ufficio del giurista nello Stato autoritario*, cit., pp. 180-182).

⁽⁹²⁾ Ivi, p. 178.

⁽⁹³⁾ « Che sta, però fuori del diritto, come sta fuori dello Stato, di cui, ben lungi dall'essere organo ossia strumento, si serve quale strumento » (ivi, p. 175).

⁽⁹⁴⁾ Nel 1957, raccogliendo i suoi lavori, Allorio reciterà una palinodia di queste pagine, dell'« illusione, per la quale credette nel possibile affermarsi e vivere d'uno Stato autoritario e rispettoso del diritto » (ivi, p. 182 nt. 41).

⁽⁹⁵⁾ A. SEGNI, *Alcuni orientamenti della dottrina processuale germanica*, in « Rivista del diritto commerciale », XXXIX, 1941, pt. I, pp. 77-87, poi in ID., *Scritti giuridici*, I, cit., pp. 196-214, ove recensisce le opere di A. SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, Berlin, Decker's Verlag, 1938; H.O. DE BOOR, *Rechtsstreit*, Junker u. Dunnhaupt Verlag, Berlin,

Segni ripercorre la sequenza teorica di negazioni che formavano la trama teorica di questa dottrina ⁽⁹⁶⁾: la negazione dell'azione come *Rechtsschutzanspruch* ⁽⁹⁷⁾ — già presente nella *Vorspruch* alla Novella processuale dell'ottobre 1933 —, come diritto subbiettivo pubblico alla tutela giuridica autonomo dal diritto subbiettivo sostanziale ⁽⁹⁸⁾, e con la negazione del diritto di azione, la negazione degli « altri principi fondamentali posti dalla grande scuola processualistica germanica » di Adolf Wach ed Oskar Bülow ⁽⁹⁹⁾ ed accolti con Giuseppe Chiovenda dalla processualistica italiana: la negazione, dunque, del diritto subbiettivo ⁽¹⁰⁰⁾, la negazione del principio di legalità, la negazione che la « funzione del giudice sia applicare la legge, che il giudice alla legge sia subordinato » ⁽¹⁰¹⁾, la negazione che « il processo sia un rapporto giuridico » e pertanto che giudice e parti siano « soggetti del processo » ⁽¹⁰²⁾. Insomma, le costruzioni dell'ultima dottrina germanica finivano con lo « spezzare l'attuale ordinamento del diritto privato » ⁽¹⁰³⁾, risultavano « in nessun modo conciliabil[i] col diritto positivo italiano » ⁽¹⁰⁴⁾ e

1939; e G. LENZ, *Neue Grundlagen der Rechtsfindung*, Hamburg, Hanseatische Verlaganstalt, 1940.

⁽⁹⁶⁾ Impegnata ad adeguare « al regime politico il processo e la scienza del processo » (S. SATTA, *Presentazione*, in SEGNI, *Scritti giuridici*, I, cit., p. X).

⁽⁹⁷⁾ Per affermare, invece, « che il cittadino ha solo un'aspettativa ("Anrecht") alla tutela giuridica » (SEGNI, *Alcuni orientamenti*, cit., p. 198).

⁽⁹⁸⁾ Insomma, il « diritto di azione come diritto processuale (non sostanziale) autonomo dal diritto subbiettivo oggetto del processo » (ivi, pp. 196-197).

⁽⁹⁹⁾ Ivi, pp. 196-198.

⁽¹⁰⁰⁾ Ivi, p. 204.

⁽¹⁰¹⁾ Mentre Segni batteva in tutti gli scritti di quegli anni sulla « attuazione della legge » come « compito della giurisdizione » (ID., *Giurisdizione civile*, in *Nuovo Digesto Italiano*, VI, Torino, Utet, 1938, p. 390; ID., *Intorno al nuovo procedimento civile*, in « Jus », I, 1940, p. 223, poi in ID., *Scritti giuridici*, I, cit., p. 382), giurisdizione che solennemente definiva « come la funzione statale destinata all'attuazione della norma concreta di legge, attuazione che ha carattere sostitutivo o surrogatorio » (ID., *Giurisdizione civile*, cit., p. 388).

⁽¹⁰²⁾ ID., *Alcuni orientamenti*, cit., p. 205.

⁽¹⁰³⁾ Ivi, p. 206.

⁽¹⁰⁴⁾ Ivi, p. 210. Ma già l'anno avanti, commentando su « Jus » il *nuovo procedimento civile*, riandava « ai principi ispiratori dei precedenti progetti (specie quello prelimitare del 1937) che avevano destato tante apprensioni e dubbi nei giuristi italiani, i

mutavano il processo in « un'organizzazione mostruosa ed irrealistica »⁽¹⁰⁵⁾.

D'altra parte, gli interventi di Calamandrei, di Allorio e di Segni a difesa delle garanzie giuridiche processuali⁽¹⁰⁶⁾ potevano apparire una declinazione in campo processuale dei motivi svolti nel risoluto e autorevolissimo saggio che a sostegno dell'attualità dei codici aveva pubblicato, nel '37, nella « Nuova Antologia » il primo presidente della Corte di Cassazione, Mariano D'Amelio.

Contro i giuristi più 'novatori' del regime, « i più avanzati, l'estrema sinistra », gli « avanguardisti del diritto e mistici » del nuovo verbo germanico del *Führerrecht*⁽¹⁰⁷⁾, che andavano predicando il superamento della forma-codice in quanto radicata « nei principi dell'individualismo liberale »⁽¹⁰⁸⁾, D'Amelio aveva sostenuto *La vocazione del secolo XX alla codificazione* e rilevato che la dottrina nazionalsocialista del *Führerprinzip*, del *Führerstaat* e del *Führerrecht* — basata su una « allucinante organizzazione supersta-

quali, nella pubblicizzazione eccessiva e nella penalizzazione del processo, vedevano l'importazione o la riesumazione di norme estranee al sentimento giuridico del popolo nostro e che non potevano assicurare (per esperienza fatta o per ragionevoli previsioni) una buona giustizia » (Id., *Intorno al nuovo procedimento civile*, cit., p. 374).

⁽¹⁰⁵⁾ Id., *Alcuni orientamenti*, cit., p. 214.

⁽¹⁰⁶⁾ L'apologia delle forme processuali e l'implicita polemica antigermanica, che Calamandrei svolgeva nella stessa *Relazione* (ministeriale) al codice, scritta dal giurista fiorentino (su incarico del ministro Grandi), come vedremo più avanti: « Il nuovo codice anche nel campo delle forme processuali, rimane fedele al sistema della legalità: la chiarezza e la lealtà dei dibattiti sarebbe messa in pericolo se le parti e i loro patroni non potessero conoscere in anticipo con sicurezza quale sarà lo svolgimento del processo che si inizia; e troppo pericoloso sarebbe consentire alla discrezione del giudice la soppressione di qualsiasi forma di procedimento, perfino di quelle che sono state considerate in ogni tempo come garanzia essenziale e insopprimibile d'ogni giudizio » (cfr. *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli Grandi presentata nell'udienza del 28 ottobre 1940-XVIII per l'approvazione del testo del Codice di procedura civile*, in L. FRANCHI, V. FEROCI, *Il nuovo codice di procedura civile*, Milano, Hoepli, 1941, p. XXXI).

⁽¹⁰⁷⁾ M. D'AMELIO, *La vocazione del secolo XX alla codificazione*, in « Nuova Antologia », CCCXC, 1937, fasc. marzo-aprile 1937, pp. 164-167.

⁽¹⁰⁸⁾ C. SALVI, *La giusprivatistica tra codice e scienza*, in A. SCHIAVONE, *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari, Laterza, 1990, p. 247; sull'intervento di D'Amelio si veda anche UNGARI, *Alfredo Rocco*, cit., pp. 84-85 nt. 84.

tale »⁽¹⁰⁹⁾ ed una « concezione panteistica del *Führer* »⁽¹¹⁰⁾, sul dominio del partito sullo Stato e sul dominio del *Führer* sul partito, sullo Stato e sul diritto: diritto che sorge dall'anima giuridica della *Volksgemeinschaft* e che la volontà del *Führer* rivela e manifesta ai giudici, « i destinatari di tale dichiarazione di volontà »⁽¹¹¹⁾ — non era « punto conciliabile con l'idea fascista »⁽¹¹²⁾, in cui « domina, onnipotente e sovrana, l'idea dello Stato », « tutto il diritto emana dallo Stato » e i nuovi codici⁽¹¹³⁾ — « da farsi integralmente dallo Stato e da interpretarsi ed applicarsi dai suoi organi » — sono l'espressione più adeguata e fedele alla « tradizione » nazionale⁽¹¹⁴⁾.

Dunque, questo dualismo tra concezione nazionalsocialista e fascista dello Stato e del diritto e la strategia retorica nazionalistica e statual-autoritaria che lo sottende — non importa se condivisa o usata strumentalmente nel consueto gioco delle simulazioni e dissimulazioni nicodemiche, dei diversi livelli di comunicazione per i diversi interlocutori — divengono un *topos* anche nella scienza processualistica per giuristi come Calamandrei, Allorio e Segni, che si cimentano in quegli anni nella difesa a tutte lettere dei principi dello Stato di diritto e degli elementi costitutivi del processo civile, e appunto si interrogano su l'*Ufficio del giurista nello Stato autoritario*. Perché in un regime autoritario, come scriverà Satta dopo la catastrofe della guerra, « se la rivoluzione del processo travolga quest'unico dato dell'esperienza che risponde all'essenza stessa del giudizio, e cioè che il giudizio debba essere reso da un terzo », non vi è più giudizio: « il giudizio reso dalla parte non è un giudizio, e perciò il processo rivoluzionario non è, per il giurista, un giudizio », ma « si risolve nel prevalere dell'azione sul giudizio, nella negazione del giudizio, nel rifiuto di quella che, per un mondo che lentamente

⁽¹⁰⁹⁾ D'AMELIO, *La vocazione del secolo XX alla codificazione*, cit., p. 169.

⁽¹¹⁰⁾ Ivi, p. 168.

⁽¹¹¹⁾ Ivi, pp. 166-167.

⁽¹¹²⁾ Ivi, p. 167.

⁽¹¹³⁾ I codici « improntati dallo spirito nuovo, perché devono essere i codici di Mussolini » (ivi, p. 169).

⁽¹¹⁴⁾ Ivi, pp. 169-171.

declina, è ancora giustizia »⁽¹¹⁵⁾. Che era ciò che i nostri tre giuristi avevano detto della « rivoluzione del processo » in Germania tra gli anni Trenta e i Quaranta.

Pertanto pare plausibile sostenere che il presupposto politico-culturale della riflessione dottrinale di Calamandrei di quegli anni, e della sua conseguente accettazione di collaborare all'opera legislativa del regime per « dare agli italiani un codice migliore »⁽¹¹⁶⁾, è l'antigermanesimo, la difesa e la conservazione dei principi dello Stato italiano di diritto e delle garanzie processuali nello Stato autoritario, in nome della tradizione, dell'identità storica e dell'indipendenza giuridica nazionale, e contro l'aggressione ad essi portata dalla Germania nazionalsocialista.

« Il codice risultò una reazione a quello che stava avvenendo in Germania nel campo del diritto civile », dichiarò Calamandrei nel novembre 1947 nella testimonianza resa nel processo a carico di Dino Grandi, che si celebrava davanti alla Corte di Assise di Roma⁽¹¹⁷⁾. E Francesco Carnelutti, Dino Mandrioli, capo gabinetto di Grandi al Ministero di Grazia e Giustizia, e Gaetano Azzariti, allora

⁽¹¹⁵⁾ S. SATTA, *Il mistero del processo*, in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, cit., pp. 17-18.

⁽¹¹⁶⁾ Come Calamandrei annotava nel suo *Diario* sotto la data 14 marzo 1940, ormai a conclusione di quel semestre di lavori, tra l'ottobre del '39 e l'aprile del '40, in cui fu portata a termine la redazione del codice ad opera della commissione ministeriale, della quale, com'è noto, facevano parte accanto a magistrati anche Carnelutti, Rendenti e, appunto, Calamandrei (cfr. CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, cit.; ID., *Ideologie e modelli del processo civile*, Napoli, Esi, 1997; ID., *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit.; M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 253; A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 tra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in « Quaderni fiorentini », 28, 1999, p. 743). Scriveva Calamandrei: « Lunedì a Roma mi mandò a chiamare Grandi al ministero, per parlarmi del Codice di Procedura Civile: vuole che gli prepari certi appunti sulla tecnica del processo per il suo discorso del 21 aprile (Sandro Policreti, al quale ho raccontato la cosa, mi ha rimproverato dicendo che così collaboro per far bella figura a un ministro fascista: non ha tutti i torti; ma potrei decentemente sottrarmi a questa consulenza tecnica se può servire a dare agli italiani un codice migliore?) » (P. CALAMANDREI, *Diario 1939-1945*, t. I, 1939-1941, Firenze, La Nuova Italia, 1982, p. 139).

⁽¹¹⁷⁾ CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, cit., doc. n. 148, p. 441.

capo dell'Ufficio legislativo del Ministero di Grazia e Giustizia, testimoniarono come Grandi avesse interrotto il lavoro dei comitati giuridici italo-tedeschi per l'unificazione legislativa tra i due Paesi⁽¹¹⁸⁾. Proprio queste stesse ragioni ed il ricordo della collaborazione con Calamandrei saranno poi invocati anche nei libri di memorie di Grandi per difendere la sua opera codificatoria di Guardasigilli⁽¹¹⁹⁾, cui nel 1957 volle « rendere omaggio » anche Nicola

(118) Ivi, pp. 438, 439, 443. Sulla vicenda processuale a carico di Grandi, Cianferotti conclude ironicamente che « non si è mai visto un codice condannato da una corte d'assise. Perciò, il 1° dicembre 1947 la comprensiva Corte di assise di Roma, con una sentenza che sembra scritta dai difensori dell'imputato, mandò assolti con formula piena Dino Grandi, il codice di procedura civile e il giudice istruttore » (ivi, p. 114).

(119) Nelle sue memorie Grandi scriverà che, nel 1939, assunta la carica di Guardasigilli, « il primo urto tra me e il direttorio del partito, affiancato dal gruppo dei "Soloni", ebbe luogo sul problema della riforma dei codici, codice civile, codice di procedura civile, codice marittimo. Quando assunsi l'ufficio di ministro Guardasigilli ignoravo che esisteva, ed era in vigore, un preciso e solenne accordo tra il governo nazista ed il governo fascista, firmato dai due ministri degli Esteri, che impegnava i due governi alla formazione, su basi comuni, di questi tre codici [...]. Decisi, subito di deludere partito e Soloni annullando di fatto gli accordi intercorsi fra il governo fascista e il governo nazista [...]. E il 16 ottobre 1939, davanti alle commissioni parlamentari del Senato e della Camera, pronunciai testualmente queste parole: ... le frontiere del nostro diritto romano ed italiano saranno difese da noi con la stessa tenacia con cui difenderemo le nostre frontiere storiche e geografiche. Qualunque collusione o cedimento verso il diritto di altre razze costituisce un cedimento nel campo politico [...]. Successo ovviamente un pandemonio. Era già scoppiata la seconda guerra mondiale e Mussolini mi lasciò fare: debbo in gran parte al suo disinteresse se i tre codici sono stati fatti come gli italiani li volevano e vennero ultimati entro il tempo record di tre anni » (D. GRANDI, *Il mio paese. Ricordi autobiografici*, Bologna, Il Mulino, 1985, pp. 483-484). Quanto alla collaborazione con Calamandrei, citerà le pagine di *Diario* del giurista fiorentino, sotto la data 22 dicembre 1939, di stima per la persona del ministro e di sottolineatura dei suoi « spunti politici » antigermanici (CALAMANDREI, *Diario 1939-1945*, t. I, cit., p. 117; cfr. GRANDI, *Il mio paese*, cit., pp. 497-499). E in un altro suo noto libro di memorie, ricorderà di aver inviato, il 18 agosto 1943, dopo la caduta del regime e sul punto di partire per la Spagna e il Portogallo, una lettera a Calamandrei, per affidargli « la difesa del nostro Codice di procedura civile che è in massima parte opera tua. Non si tratta di Codice fascista, ma bensì di codice degli italiani. Io l'ho difeso contro i nazifascisti, prego ora te di difenderlo contro coloro che vorranno distruggerlo » (D. GRANDI, *25 luglio. Quarant'anni dopo*, Bologna, Il Mulino, 1983, pp. 195-196). « Collima perfettamente con questa lettera », l'altra inviata da Grandi a Calamandrei già il 4 agosto del '43, ritrovata tra le carte di Calamandrei e citata nella sua biografia da Ales-

Jaeger per la « dimostrazione di obbiettività e di indipendenza » che seppe dare ⁽¹²⁰⁾.

Quando nel saggio del '41 su *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica* Calamandrei volle presentare il contributo della scienza giuridica al nuovo codice — un'indagine che doppiò quell'anno ripercorrendo *Gli studi di diritto processuale in Italia nell'ultimo trentennio* ⁽¹²¹⁾ — ripeté le consuete note della implicita, allusiva polemica antigermanica, per ribadire ancora una volta che proprio nella « salvaguardia del principio di legalità » ⁽¹²²⁾, della certezza del diritto ⁽¹²³⁾, della « separazione tra giustizia e politica » ⁽¹²⁴⁾, dell'uguaglianza dinanzi alla legge ⁽¹²⁵⁾, risiedevano « l'importanza sociale, la missione umana dei giuristi », « tutta la moralità della dogmatica giuridica » ⁽¹²⁶⁾. Sempre nel '41 anche le *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice* ⁽¹²⁷⁾ esordivano con l'elo-

sandro Galante Garrone (GALANTE GARRONE, *Calamandrei*, cit., pp. 168-169). Per un giudizio critico sull'attendibilità delle memorie di Grandi in merito a tutta la vicenda della codificazione e per una rassegna della storiografia a riguardo si veda N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 651-662.

⁽¹²⁰⁾ N. JAEGER, *In memoria di Piero Calamandrei* - a cura dell'Ordine degli Avvocati e dei Procuratori di Milano, 12 gennaio 1957, presso la Università Popolare di Milano, Bollate, Tipografia Zappa, 1957, p. 9.

⁽¹²¹⁾ P. CALAMANDREI, *Gli studi di diritto processuale in Italia nell'ultimo trentennio*, in *Il pensiero giuridico italiano I, Bibliografia*, Roma, Irce, 1941, ripubbl. in *Studi sul processo civile*, V, Padova, Cedam, 1947, poi in *Opere giuridiche*, I, cit., pp. 523-536.

⁽¹²²⁾ CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, cit., p. 71.

⁽¹²³⁾ Ivi, pp. 58, 66.

⁽¹²⁴⁾ Ivi, p. 66.

⁽¹²⁵⁾ Ivi, pp. 73-75.

⁽¹²⁶⁾ Ivi, p. 74; « nel principio della legalità c'è il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini, nell'osservanza individuale della legge c'è la garanzia della pace e della libertà di ognuno » (ivi, p. 75).

⁽¹²⁷⁾ ID., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Parte prima, *Premesse storiche e sistematiche. Lezioni universitarie*, Padova, Cedam, 1941-XIX; la seconda parte *Disposizioni generali (Le persone del processo)* porta sul frontespizio la data Padova, Cedam, 1943-XXI, e sulla copertina Padova, Cedam, 1944, senza più annuale fascista, ma proprio la datazione del frontespizio e delle citazioni, nonché i contenuti del volume, confermano che anche il secondo volume fu composto in tipografia prima della caduta del regime. Devo alla cortesia di Franco Cipriani copia della documentazione amministrativa della casa editrice Giuffrè, da cui risulta che la data dell'edizione è 8 ottobre 1943.

gio del « sistema della legalità, garanzia dell'unità dello Stato, della certezza del diritto, dell'ugual trattamento dei casi simili e della libertà dei singoli nei limiti della legge »: legalità che « si considera giustamente come una di quelle conquiste decisive della civiltà, che segnano una tappa dell'ascesa umana e non si possono abbandonare senza retrocedere verso la barbarie » (128).

Questa « sottolineatura », questo continuo richiamo, questa « enfattizzazione del principio di legalità » (129), l'implicito significato ideologico-conservatore del rimando al principio costitutivo del vecchio Stato liberale di diritto e la valenza polemica antigermanica, di volta in volta esplicita o sottintesa — che allora esso assunse e che segnava, come vedremo più avanti, la stessa *Relazione* (ministeriale) al codice scritta da Calamandrei (su incarico del ministro Grandi) — paiono così conferire alla legalità negli scritti di Calamandrei, nel libro del Lopez e negli interventi di Bracci di quegli anni, un valore supplementare, un sovrappiù di senso, la connotazione di « costituzione materiale », come osservava Giannini per Calamandrei (130): la natura, potremmo dire nel lessico romaniano, di uno dei « tratti essenziali » dell'ordinamento giuridico italiano (131), il valore di 'principio istituzionale', inteso come uno dei principi che caratterizzano « l'essenza » dell'ordinamento italiano quale « concreta istituzione » storica (132).

Del resto, il significato di 'principio istituzionale' attribuito alla

(128) Aggiungendo che « le tendenze, che oggi si notano in qualche legislazione europea, ad allargare i poteri del giudice e a dar credito in ritardo agli insegnamenti della scuola del "diritto libero" che fece rumore in Germania qualche decennio fa, non allignano in Italia » (ID., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Parte prima, cit., p. 30).

(129) Su cui si interrogava Giannini, cfr. GIANNINI, *La formazione culturale di Calamandrei*, cit., pp. 42-43; su *Calamandrei e l'assillo della legalità* si vedano le pagine di GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., pp. 142-168.

(130) GIANNINI, *La formazione culturale di Calamandrei*, cit., p. 43.

(131) S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto. Parte prima*, Pisa, Spoerri, 1917, p. 17.

(132) « Principi che caratterizzano l'essenza del nostro vigente ordinamento. Del nostro attuale Stato, come concreta istituzione che si è instaurata storicamente, e che storicamente vive; che, perciò, devono dirsi per esso istituzionali » (A. ROMANO, *Introduzione*, in *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 1998², p. 30).

legalità, l'implicita ma nettissima connotazione politico-costituzionale dell'enfasi di quel richiamo, venivano denunciati espressamente dai giuristi più *engagés* nel regime fascista come Giuseppe Maggiore, che proprio nel '39 contrapponeva il *Diritto penale totalitario in uno Stato totalitario* al « dogma dello stato liberale-democratico », da cui si era « sviluppato il metodo tecnico-dogmatico, che è il metodo legalistico o del supremo attaccamento alla legge come rigida misura della sua giustizia » (133).

Questo giudizio sul valore 'istituzionale' assunto dalla legalità e dalla certezza del diritto in Calamandrei, è stato condiviso, seppure implicitamente, da gran parte della riflessione storica sul giurista fiorentino, ma mettendone in evidenza due profili politico-costituzionali diversi, ora il rapporto legalità-libertà, ora quello legalità-giustizia-uguaglianza (134).

Bracci privilegiava il primo, ricordando che, per Calamandrei, « l'esigenza di certezza del diritto [...] è uno degli aspetti più elementari della libertà » (135). Mentre è Massimo Corsale lo scrittore che meglio ha detto il nesso giuspositivistico tra legalità, certezza del diritto, giustizia ed uguaglianza, presente in Lopez e Calamandrei (136). A suo avviso, la definizione lopeziana della certezza come

(133) « Se ben si guarda, la spina dorsale » del metodo « tecnico e dogmatico della giurisprudenza » è « la visione stessa del liberalismo e della democrazia. Questi preoccupati soltanto del diritto dell'individuo, vedono nella legge scritta la salvaguardia di esso, ed è perciò che sopravvalutano la legge e la funzione legislativa a scapito delle altre fonti produttive di diritto » (MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, cit., pp. 151-152).

(134) Che sono comunque le due facce della medesima medaglia positivista, di quella versione 'moderata' o 'debole' dell'ideologia giuspositivistica — fatta propria da Calamandrei —, che considera il diritto il « mezzo necessario per realizzare l'ordine » e reputa la legge « la forma più perfetta di diritto », per le sue caratteristiche peculiari di « generalità e astrattezza », che a loro volta realizzano due esigenze fondamentali: la generalità garantisce l'eguaglianza formale e l'astrattezza assicura la certezza giuridica, la prevedibilità delle conseguenze del proprio comportamento (N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, Clut, 1968, pp. 205-208).

(135) M. BRACCI, *Piero Calamandrei*, in ID., *Testimonianze sul proprio tempo. Meditazioni, lettere, scritti politici (1943-1958)*, a cura di E. BALOCCHI, G. GROTTANELLI DE' SANTI, Firenze, La Nuova Italia, 1981, p. 694.

(136) CORSALE, *La certezza del diritto*, cit., p. 15.

« specifica eticità »⁽¹³⁷⁾ del diritto « assorbe e risolve in sé il problema della giustizia delle norme [...]: se giustizia è uguaglianza, niente garantisce la giustizia meglio della legge uguale per tutti »⁽¹³⁸⁾.

Ma, allora, la tesi storiografica delle ‘cattive azioni’ di Calamandrei, dell’ambiguità « dei suoi atteggiamenti culturali e dei suoi ruoli istituzionali »⁽¹³⁹⁾, della sua presunta riduzione del principio di legalità, dell’« autorità della legge », ad affermazione dell’« autorità dello Stato »⁽¹⁴⁰⁾, di aver partecipato alla redazione di « un codice illiberale e autoritario »⁽¹⁴¹⁾ ed averne scritto la *Relazione* ministeriale, « troppo sfacciatamente fascista », « dichiaratamente e ostentatamente fascista », « fascistissima »⁽¹⁴²⁾, non pare conside-

⁽¹³⁷⁾ LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 161.

⁽¹³⁸⁾ CORSALE, *La certezza del diritto*, cit., p. 15. Ma sull’equazione tra legalità-giustizia-uguaglianza in Calamandrei, si vedano, tra gli altri, anche BOBBIO, *Ricordo di Piero Calamandrei*, cit., p. 24; TROCHER, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, cit., pp. 111-113; TARUFFO, *Calamandrei e le riforme del processo civile*, cit., p. 188; CAPPELLETTI, *La « politica del diritto » di Calamandrei*, cit., pp. 254-257; S. GRASSI, *Calamandrei e la funzione parlamentare*, in *Piero Calamandrei*, cit., p. 491; A. GALANTE GARRONE, *Introduzione*, in *Calamandrei, Diario 1939-1945*, I cit., pp. CXXIII-CXXIV. Di recente, è tornato sull’immanenza dell’idea dell’eguaglianza nella generalità ed astrattezza delle norme, Filippo Gallo, discutendo criticamente le tesi di Natalino Irti sul *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004 (F. GALLO, *Una critica del nichilismo giuridico*, in « Rivista del diritto civile », LIII (2007), pp. 26-27, 40).

⁽¹³⁹⁾ G. TARELLO, *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », VII (1977), p. 158, poi in *Id.*, *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna, Il Mulino, 1989, pp. 251; P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in « Quaderni fiorentini », 28 (1999), t. I, *passim* e in specie pp. 230-241, 256-261, 278-282.

⁽¹⁴⁰⁾ TARELLO, *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, cit., p. 162.

⁽¹⁴¹⁾ *Id.*, *Ideologie e modelli del processo civile*, cit., pp. 25, 126 nt. 18; un codice « pensato e presentato come fascistissimo » (CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, cit., p. 88); costruito su « una malintesa concezione ‘pubblicistica’ del processo civile, (in realtà paternalistica, autoritaria e illiberale) » (ivi, p. 104); *Id.*, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit., pp. 117, 119, 123, 136, 150, 151, 187.

⁽¹⁴²⁾ Ivi, pp. 123, 126, 248, 251; una relazione « inequivocabilmente fascista » (*Id.*, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, cit., pp. 49-51, 72); « una relazione troppo fascista » (ivi, p. 78); « fascistissime pagine di quella relazione » (ivi, p. 90 nt. 41, poi in *Id.*, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit., p. 157 nt. 7); *Id.*,

rare quella « particolare tecnica letteraria » — praticata dagli scrittori eterodossi nella comunicazione pubblica in un paese autoritario — « in cui la verità sulle questioni cruciali appare esclusivamente tra le righe »⁽¹⁴³⁾; non pare tenere conto dei diversi livelli di

Piero Calamandrei, la relazione al re e l'apostolato di Chiovena, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », LI, (1997), pp. 749-765, poi in *Id.*, *Ideologie e modelli del processo civile*, cit., pp. 57-74, ripubbl. in *Id.*, *Scritti in onore dei patres*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 435-457; ora in *Id.*, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit., pp. 125-142; cfr. *Relazione*, cit., pp. IX-LXVI. Rinviamo alle pagine seguenti l'analisi ravvicinata della *Relazione*, mentre per la supposta adesione del primo volume delle sue *Istituzioni* « alle idee autoritarie del fascismo » (CIPRIANI, *Piero Calamandrei, la relazione al re*, cit., p. 442 nt. 23), bisogna, anzitutto, rammentare l'inevitabile nicodemismo — piuttosto che una sua asserita innata « stupefacente capacità di dissimulazione » (*Id.*, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit., pp. 24-25 nt. 47) — imposto dal peculiare genere letterario d'un corso, appunto, istituzionale, né, d'altra parte, dimenticare l'elogio della legalità — sopra citato —, detto in apertura del primo volume delle *Istituzioni*, e nel secondo volume — composto in tipografia prima della caduta del regime, come abbiamo visto sopra, cfr. *supra* nt. 127 — la rinnovata, espressa critica della « tendenza a sottrarre l'autorità amministrativa ad ogni forma di controllo giurisdizionale di organi ordinari o speciali, e a restringere così sempre più, a vantaggio dell'amministrazione attiva incontrollata, l'ambito della giurisdizione e con essa le garanzie dei diritti individuali » (CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice. Parte seconda*, cit., p. 81). Una tendenza che Calamandrei volle illustrare citando « tra i più recenti » esempi, proprio le leggi razziali, il « decr. l. 17 nov. 1938 n. 1728 "contenente provvedimenti per la difesa della razza italiana", il quale stabilisce (art. 26) la assoluta insindacabilità dei provvedimenti dati dal ministro per l'interno in questa materia. In questi casi non è più vero il principio fondamentale dello Stato di diritto secondo il quale a difesa dei diritti soggettivi lesi dalla pubblica amministrazione, il cittadino può sempre ricorrere alla giustizia: qui infatti ci troviamo di fronte a diritti soggettivi sprovvisti di ogni garanzia giurisdizionale, che possono essere violati senza possibilità di reazione giudiziaria e che possono quindi ad arbitrio della pubblica amministrazione esser riconosciuti come diritti ovvero disconosciuti come semplici interessi non protetti. In realtà la soppressione di ogni garanzia giurisdizionale equivale alla soppressione del diritto soggettivo » (ivi, p. 78). Già Enrico Allorio, nel suo intervento 'antigermanico' del '39, aveva indicato queste norme sulla discriminazione razziale come un esempio dell'esclusione di « singole categorie d'atti amministrativi » dall'« impugnazione in sede giurisdizionale » (ALLORIO, *Giustizia e processo nel momento presente*, cit., p. 156 e nt. 4).

⁽¹⁴³⁾ « L'influenza della persecuzione sulla letteratura consiste per l'appunto nello spingere tutti quegli scrittori che pensano in modo eterodosso a sviluppare una peculiare tecnica letteraria, quella tecnica a cui alludiamo quando parliamo di uno

senso che quella scrittura cela e disvela ad un tempo, della dissimulazione del suo messaggio autentico, insomma del necessario ricorso ad una « ermeneutica della reticenza »⁽¹⁴⁴⁾ per cogliere l'obiettivo culturale ed ideologico che Calamandrei persegue. A questo riguardo sembra utile ricordare quanto disse Salvatore Satta dell'apologia calamandreiana della legalità in uno Stato autoritario: « in fondo in un regime autoritario ciò che più appare in pericolo è il c.d. principio di legalità, perché la norma è come indifesa nella sua astrattezza, o meglio ha un'ingombrante autorità, che in un modo o nell'altro si oppone al fatto o al misfatto »⁽¹⁴⁵⁾. E ricordare dello stesso Satta anche l'apologia del processo contro i rischi di perversione di esso in un regime autoritario, quando ne identificava e ribadiva l'essenza nel giudice terzo, nella garanzia che « il giudice non è e non sarà parte », nella « indipendenza dei giudici » da « chi amministra l'azione » e « che di solito si soggettiva nel potere esecutivo »⁽¹⁴⁶⁾, quando, dunque, ne indicava l'elemento costitutivo in quei principi di giustizia naturale che Calamandrei aveva opposto ai superamenti ed alle negazioni germaniche.

Questo è il contesto storico, costituzionale e ideale anche del saggio di Bracci su *Le questioni e i conflitti di giurisdizione e di at-*

«scrivere tra le righe» » (L. STRAUSS, *Scrittura e persecuzione*, Venezia, Marsilio, 1990, pp. 22-23).

⁽¹⁴⁴⁾ A. MOMIGLIANO, *Ermeneutica e pensiero politico classico in Leo Strauss*, in ID., *Quarto contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, Roma, Storia e Letteratura, 1969, p. 123; poi in ID., *Pagine ebraiche*, Torino, Einaudi, 1987, p. 194.

⁽¹⁴⁵⁾ SATTÀ, *Interpretazione di Calamandrei* cit., pp. 484-485; ma anche le parole della commemorazione di Calamandrei detta da Bobbio nel palazzo pubblico di Siena nel '57, per volontà di un comitato d'onore di cui era membro anche Bracci: « Quando poi la separazione dei poteri cessò di essere un dogma stabilito, e diventò una cittadella da abbattere e da smantellare a poco a poco, e la distinzione fra politica e diritto si fece sempre più confusa, Calamandrei si eresse a paladino della giustizia come legalità contro l'arbitrio, la prepotenza, il sopruso. Era venuto il momento di mostrare che, se vi è una giustizia morale superiore alla giustizia legale, la giustizia legale è superiore all'arbitrio, ed è pur essa una virtù morale, di cui una società ben ordinata non può fare a meno » (BOBBIO, *Ricordo di Piero Calamandrei*, cit., p. 23).

⁽¹⁴⁶⁾ « Ma in realtà si estende ben oltre questo, fino a comprendere forze e poteri di fatto, che del processo e del giudizio sono assai più insofferenti che non il potere legale » (SATTÀ, *Il mistero del processo*, cit., p. 18).

tribuzioni nel nuovo codice di procedura civile ⁽¹⁴⁷⁾, voluto e pubblicato da Calamandrei nella « Rivista di diritto processuale civile » nel 1941 — e da lui segnalato al Ministero per « alcune disposizioni chiarificatrici » che Bracci proponeva di inserire tra le norme di attuazione del codice ⁽¹⁴⁸⁾ —, assieme al suo intervento su *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, che abbiamo già ricordato. Ad accogliere il nuovo codice sulle pagine della rivista si uniscono quell'anno a Calamandrei e Bracci ⁽¹⁴⁹⁾ non solo il primo presi-

⁽¹⁴⁷⁾ BRACCI, *Le questioni e i conflitti di giurisdizione e di attribuzioni nel nuovo codice di procedura civile*, cit.

⁽¹⁴⁸⁾ CIPRIANI, *Il codice di procedura civile*, cit., p. 392 doc. n. 97.

⁽¹⁴⁹⁾ Nell'ultimo fascicolo dell'annata 1940 Carnelutti e Calamandrei annunciano che « la *Rivista* si propone di offrire ai lettori, a partire dal primo fascicolo del 1941, una prima elaborazione scientifica del nuovo codice, costituita da una serie di brevi monografie, su temi ordinatamente ripartiti, la quale permetta di illustrare, prima della sua entrata in vigore, tutti i suoi aspetti più importanti e più nuovi » (F. CARNELUTTI, P. CALAMANDREI, *Per lo studio del nuovo processo civile italiano*, in « Rivista di diritto processuale civile », XVII, 1940, pt. I, p. 194); un annuncio ripetuto da Calamandrei dalle pagine delle *Istituzioni*: « a partire dal 1941 la *Rivista* sarà interamente dedicata alla illustrazione del nuovo Codice » (CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Parte prima, cit., p. 21). E alla fine del 1941, Carnelutti e Calamandrei, compiacendosi per la mobilitazione della scienza attorno al nuovo codice nei quattro fascicoli dell'annata trascorsa — mobilitazione che richiese anche l'intervento del ministro Grandi presso il Ministero della Cultura Popolare per ottenere l'autorizzazione della « Rivista di diritto processuale civile » a superare il limite delle 120 pagine a fascicolo imposto dalle restrizioni belliche al consumo della carta (CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, cit., pp. 396-398, docc. nn. 101-106) — chiamano anche la pratica ad un « lavoro comune » di « note marginali » intorno al complesso delle « nuove leggi processuali », al *corpus* delle nuove norme processuali comprese quelle extravaganti negli altri nuovi codici e leggi (F. CARNELUTTI, P. CALAMANDREI, *Note in margine alle nuove leggi processuali*, in « Rivista di diritto processuale civile », XVIII, 1941, pt. I, pp. 346-348). Invero, nell'annata successiva l'appello alla pratica sarà accolto solo da due magistrati, Pasquale Saraceno, pretore a Pisa, e Gino Zani, consigliere di corte d'appello e già membro del Comitato preparatore del Progetto Solmi (P. SARACENO, *Il procedimento davanti al pretore ed al conciliatore*, in « Rivista di diritto processuale civile », XIX, 1942, pt. I, pp. 188-221; G. ZANI, *La revocazione e l'opposizione di terzo nel nuovo codice di procedura civile*, ivi, pp. 265-278; sulla partecipazione dello Zani al Comitato preparatore del Progetto Solmi, cfr. P. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, in ID., *Opere giuridiche*, I, cit., p. 305; CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit., p. 94 nt. 26). Gli altri articoli sono tutti di cattedratici (G.A. MICHELI, *Sospensione, interruzione e estinzione del processo*, ivi, pp. 3-47;

dente della Cassazione, Mariano D'Amelio ⁽¹⁵⁰⁾, ma assieme ad altri giuristi ⁽¹⁵¹⁾ anche buona parte dei componenti del comitato ri-

R. MONACO, *Il giudizio di deliberazione secondo il nuovo codice di procedura civile*, ivi, pp. 76-113; V. ANDRIOLI, *Le disposizioni processuali del codice della navigazione*, ivi, pp. 114-146; Id., *Dell'istruzione probatoria*, ivi, pp. 165-187, ove Andrioli ribadisce il suo « dissenso — ormai del tutto accademico — dalla tendenza a regolare nel codice di diritto sostanziale istituti, quali le prove, la cosa giudicata e l'espropriazione forzata, che hanno la loro radice nel processo e in questo esercitano i loro effetti caratteristici » (ivi, p. 165 nt.1); A. CONIGLIO, *Il sequestro nel nuovo codice di procedura civile*, ivi, pp. 254-264; di cattedratici anche la redazione della rubrica *Note in margine alle nuove legge processuali*, opera quell'anno soprattutto di Carnelutti, Andrioli e Jaeger. Tra i contributi dottrinali al nuovo codice pubblicati da pratici, si può ricordare il saggio dedicato al giudice istruttore da Alberto Azara, uditore di Tribunale, apparso nella quarta parte della « Giurisprudenza italiana » nel 1941, una rassegna storica e comparativa dalla procedura delle *legis actiones* al codice Grandi, al « nuovo istituto di marca fascista » del giudice istruttore, chiamato dall'autore al vasto compito di realizzare al contempo i principi chiovendiani e la palingenesi delle « gloriose tradizioni dell'antica Roma [...] sotto l'emblema del fascio littorio » (A. AZARA, *Il giudice istruttore, cardine del processo civile, nei precedenti storici e nel codice fascista*, in « Giurisprudenza italiana », XCIII, 1941, pt. IV, col. 62).

⁽¹⁵⁰⁾ M. D'AMELIO, *Le tendenze sociali del nuovo codice di procedura civile*, in « Rivista di diritto processuale civile », XVIII, 1941, pt. I, pp. 3-13. Per D'Amelio, anche il codice tradizionalmente « più tecnico di tutti », « il codice togato per eccellenza » (ivi, p. 3), « obbedisce, nei limiti del possibile, al precetto » mussoliniano « di "andare verso il popolo" » — nei caratteri formali (ordine sistematico, chiarezza e semplicità di linguaggio [ivi, p. 4]) e sostanziali (disciplina degli istituti [ivi, pp. 4-12]) —, segna l'« avvicinamento del giudice al popolo » (ivi, p. 6), ricorre alla « pacificatrice forza dell'equità » non solo nelle controversie di lavoro ma in determinati casi anche nei giudizi ordinari (ivi, p. 10), supera il « concetto individualista » del codice del '65 (ivi, p. 11): insomma, « le sue tendenze sociali [...] rivelano la nobiltà morale » del « codice fascista di rito civile » (ivi, p. 12).

⁽¹⁵¹⁾ Gaetano Morelli illustra la nuova disciplina sui limiti della giurisdizione dello Stato italiano ed apprezza il « rigore sistematico, nella collocazione delle norme, e, nello stesso tempo, [l']appropriata terminologia [cui] si ispira il codice nuovo » (G. MORELLI, *I limiti della giurisdizione italiana nel nuovo codice di procedura civile*, ivi, p. 105). Virgilio Andrioli studia i riflessi di ordine processuale, teorici e pratici, riguardanti i « beni di interesse nazionale », riflessi sino ad allora posti in rilievo dalla sola giurisprudenza (V. ANDRIOLI, *Esecuzione forzata e beni di interesse nazionale*, ivi, pp. 126-150). Enrico Allorio svolge un'esegesi comparativa del carattere giuridico del pubblico ministero tra la disciplina del vecchio codice e la previsione del nuovo di una sua « partecipazione più frequente e più intensa » al processo civile (E. ALLORIO, *Il pubblico ministero nel nuovo processo civile*, ivi, p. 259), dopo i dibattiti giurisprudenziali e dot-

stretto che con Calamandrei avevano redatto il codice ⁽¹⁵²⁾, dal sostituto procuratore generale della Cassazione, Leopoldo Conforti ⁽¹⁵³⁾, che ne fu l'autore principale ⁽¹⁵⁴⁾, a Gaetano Azzariti, capo

trinali che negli anni Trenta avevano investito l'istituto (ivi, p. 230) e la previsione di un potere di intervento che non era stato, « in realtà, mai esercitato » (ivi, p. 260). Ugo Rocco traccia i lineamenti generali degli organi giurisdizionali (U. ROCCO, *Il giudice e i suoi ausiliari*, ivi, pp. 269-296) e Marco Tullio Zanzucchi commenta il capo delle impugnazioni in generale (M.T. ZANZUCCHI, *Delle impugnazioni in generale (Articoli 323-338)*, ivi, pp. 297-345). Il processo corporativo nel nuovo codice è invece illustrato, non sulla « Rivista di diritto processuale civile » ma in « Stato e diritto », da Andrea Lugo, allora giovane magistrato addetto al Ministero di grazia e giustizia e uno dei segretari del comitato ministeriale che redasse il codice (A. LUGO, *Lineamenti del processo corporativo nel nuovo Codice di procedura civile*, in « Stato e diritto », I, 1940, pp. 195-213).

⁽¹⁵²⁾ Accanto al ministro Grandi, facevano parte del comitato i tre processualisti Cernelutti, Calamandrei e Redenti, i magistrati Leopoldo Conforti, Dino Mandrioli, Gaetano Azzariti, Antonio Azara e Giuseppe Lampis e i giovani segretari Andrea Lugo e dal '40 Mario Berri (CIPRIANI, *Il codice di procedura civile*, cit., p. 38).

⁽¹⁵³⁾ L. CONFORTI, *Codice rivoluzionario*, in « Rivista di diritto processuale civile », XVIII, 1941, pt. I, pp. 14-24. È la locuzione « ordine nuovo », largamente e variamente declinata nei fascismi continentali di quegli anni, a connotare per Conforti anche il *Codice rivoluzionario* del '40: rivoluzionario, sia per la recezione dei nuovi istituti processuali in materia corporativa, che per l'introduzione, appunto, « di un ordine nuovo nel costume giudiziario » (ivi, p. 14). Il processo diventa « un rapporto di diritto pubblico non solo ma un vero proprio affare di Stato, il che va oltre l'elaborazione delle teorie pubblicistiche del processo che, anche anteriormente all'avvento del fascismo, avevano trovato affermazione nella scienza giuridica italiana » (ivi, p. 18), a partire da Chiovenda. « Il nuovo codice porta una vera rivoluzione nei rapporti tra il giudice e le parti [...], che impone l'abbandono di vecchie abitudini di indifferenza per il reciproco lavoro tra giudici e patroni, per dar luogo ad un affiatamento, ad una stretta collaborazione dalla quale solo può uscire quella giustizia rapida ed umana che è negli intendimenti del Regime » (ivi, pp. 23-24). Da segnalare, infine, una singolare svista del Conforti (e dei redattori della rivista), quando scrive che il legislatore ha raggruppato e completato gli « istituti creati dalla rivoluzione fascista per la risoluzione delle controversie in materia corporativa [...] in un titolo a parte, il quarto del libro primo [sic!] » (ivi, p. 14).

⁽¹⁵⁴⁾ Su segnalazione di Mariano D'Amelio, Conforti fu incaricato da Grandi « di riordinargli il progetto Solmi » (CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, cit., pp. 26-27 e nt. 58, 32-33) e, secondo la testimonianza di Tito Carnacini, che giovane studioso partecipò ai lavori del comitato ministeriale, « la realizzazione concreta » del codice e poi delle norme di attuazione e transitorie « fu principalmente opera sua, specie per ciò che riguarda le disposizioni generali e quelle regolanti il processo ordinario di cognizione » (T. CARNACINI, *Ricordo di tre magistrati (Giuseppe*

dell'ufficio legislativo presso il Ministero della Giustizia⁽¹⁵⁵⁾, ad Enrico Redenti⁽¹⁵⁶⁾ e a Francesco Carnelutti⁽¹⁵⁷⁾. Ed alle testimonianze immediate dei protagonisti della codificazione si aggiungono

Azzariti — Dino Mandrioli — Leopoldo Conforti), in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », XVII, 1963, p. 1278).

(155) Gaetano Azzariti (già incontrato supra come testimone nel 1947 al processo contro Dino Grandi) — che si firma Primo presidente di corte d'appello, ma allora è anche presidente del tribunale della razza (R. DE FELICE, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, Torino, Einaudi, 1962, p. 416), poi dopo il 25 luglio '43 ministro della Giustizia nel primo ministero Badoglio, a capo per un ventennio (dal 1927 al 1949, eccetto la parentesi ministeriale) dell'ufficio legislativo presso il Ministero della Giustizia, giudice costituzionale dal 1956, relatore della famosa sentenza n. 1 della Corte del 14 giugno 1956, e dal 1957 presidente della Corte costituzionale — esamina le questioni di competenza e del regolamento di competenza (G. AZZARITI, *Della competenza e del regolamento di competenza*, in « Rivista di diritto processuale civile », XVIII, 1941, pt. I, pp. 81-103), di cui era stato « uno dei padri » (CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, cit., p. 80).

(156) E. REDENTI, *L'umanità nel nuovo processo civile*, in « Rivista di diritto processuale civile », XVIII, 1941, pt. I, pp. 25-34, poi in ID., *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 760-767. Per Redenti — che si dice, « come collaboratore (più o meno) o spettatore (talvolta perplesso) [...], ormai forse il solo superstite, a tutta la lunga vicenda di tentativi e di studii, che han condotto all'odierna riforma, fin da quando “il nostro maestro” nella Commissione di studii per il dopo-guerra ridusse in termini concreti il suo fervido apostolato dell'oralità » (ivi, p. 25) —, il pregio maggiore del nuovo codice è l'« abile ed amabile eclettismo », il savio temperamento di « ogni eccesso » (ivi, pp. 25-26), l'affidamento alla « umanità dei suoi personaggi » (ivi, p. 26), vale a dire l'« elasticità » del processo » (ivi, p. 33), l'« adattabilità del procedimento alle esigenze di causa » (ivi, p. 27), l'« elasticità » controllata e manovrata (dal giudice!) » (ivi, p. 29). L'« ordine nuovo » evocato da Conforti torna anche nelle parole del Redenti, ma solo per recitare un atto di fede nel diritto e nella giustizia: « Capisco, che non è adesso il tempo di parlare di procedura, fra strepiti d'armi ed ansiose aspettative di un *novus ordo*, che così d'ogni parte si annuncia. Iniziativa di parte o poteri del giudice; termini e forme legali o istruttoria manovrata; giudice unico o collegio; ordinanza o sentenza? Quisquillie, farfalle. Capisco. Ma nessun ordine, nuovo né antico, può consolidarsi se non cementato di diritto e con garanzie di giustizia » (ivi, p. 32).

(157) « Oserei dire che il gioco è valso la candela » (F. CARNELUTTI, *Carattere del nuovo processo civile italiano*, in « Rivista di diritto processuale civile », XVIII, 1941, pt. I, p. 52): « in sostanza si può essere contenti », aveva concluso in una conferenza maceratese del maggio del '40 (ID., *Lineamenti del nuovo processo civile*, in « Annali della R. Università di Macerata per cura della Facoltà giuridica », XIV, 1940, p. 11); e in un articolo scritto per la « Zeitschrift der Akademie des deutschen Rechts » aveva detto ai giuristi tedeschi dei pregi del nuovo processo civile italiano (ID., *Nuovo processo civile*

le più distese riflessioni ed i commenti più analitici, affidati ai primi manuali e trattati sul nuovo codice apparsi tra il 1940 e il 1942 ⁽¹⁵⁸⁾. Sono tutte voci di una dottrina processualistica concorde in un'ac-

italiano, in « Foro italiano », LXVI, 1941, pt. IV, coll. 25-30). Per Carnelutti, il bilancio del nuovo codice pare coincidere col bilancio della recezione o meno delle sue proposte: da una parte, ad esempio, il 'provvido' accoglimento della distinzione tra istruzione e decisione, dall'altra, l'infelice rifiuto ad opera del legislatore, della parola *lite*, com'è noto tecnicamente connotata nella dottrina del Carnelutti per indicare il contenuto del processo, inteso come composizione della lite (ID., *Lite e processo*, in « Rivista di diritto processuale civile », XVIII, 1941, pt. I, pp. 348-350). Quanto alla distinzione tra istruzione e decisione, Carnelutti rivendica la paternità dell'istituto del giudice istruttore: « quando, nella critica del progetto Solmi, io ho trapiantato la formula del giudice istruttore dal processo penale al processo civile (*Intorno al progetto preliminare del codice di procedura civile*, Milano, A. Giuffrè, 1937, pag. 38) », superando il « feticcio [dell'] identità del giudice istruttore con il giudice decidente », contrastando fin dagli anni Venti la tesi del Chiovenda dell'« assunzione delle prove davanti al collegio », che era un fronte della « sua magnifica battaglia per l'oralità », e, insomma, riabilitando « proprio in ordine al modo e all'ambiente dell'audizione del testimonia la "famigerata mediatezza" » (ID., *Carattere del nuovo processo civile italiano*, cit., pp. 43-45). Anche se, come ricorda Michele Taruffo, « la figura del giudice istruttore compare già nel progetto Redenti del 1934 » (TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, cit., p. 259 nt. 18; cfr. anche F. CIPRIANI, *Alla scoperta di Enrico Redenti (e alle radici del codice di procedura civile)*, in ID., *Scritti in onore dei Patres*, cit., pp. 357-358), almeno « embrionalmente », notava già l'Azara (AZARA, *Il giudice istruttore, cardine del processo civile*, cit., col. 46). Sull'incerta paternità del giudice istruttore, cfr. CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, cit., pp. 27-28 e nt. 62. Sempre riguardo al giudice istruttore e al sacrificio del « principio della oralità nel più importante dei suoi aspetti che è quello dell'immediatezza », Carnelutti confidava ai colleghi tedeschi che « degli studiosi italiani che il ministro Grandi volle consultare per la formazione del nuovo codice, solo il Calamandrei sostenne il principio dell'oralità, non senza prudenza e misura » (CARNELUTTI, *Nuovo processo civile italiano*, cit., col. 28). E passando dall'ironia sul Calamandrei alla giaculatoria politica da recitare alla platea tedesca, volle leggere nelle tesi dottrinali italiane e germaniche, che sostenevano il carattere pubblico del processo, « segni precursori delle nuove forme politiche, che in Italia e in Germania si sono pronunciate » (ivi, col. 26). Su Carnelutti e la figura del giudice istruttore si vedano le pagine di F. CIPRIANI, *Francesco Carnelutti tra il giudice delegato e il giudice istruttore*, in ID., *Ideologie e modelli del processo civile*, cit., pp. 165-173.

⁽¹⁵⁸⁾ Dunque, prima della entrata in vigore del nuovo codice, il 21 aprile 1942, destinata a segnare « il fallimento del processo, ordinario di cognizione [...] pressoché immediato », per ragioni complesse, dalla drammatica situazione bellica del Paese — ininfluente, invece, ad avviso di Cipriani (CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, cit., p. 106) — alle precipitose, « infelici disposizioni transitorie » (PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, cit., p. 727)

coglienza « trionfale » del codice ⁽¹⁵⁹⁾. Oltre alle ricordate *Istitu-*

— a principiare dagli artt. 197, 198 e 199, i quali, prevedendo « che le cause pendenti, anche se non iscritte sul ruolo di spedizione, dovevano essere riassunte, a pena di estinzione rilevabile d'ufficio, entro il termine perentorio di tre mesi dall'entrata in vigore del codice », provocarono la moltiplicazione delle cause da trattare (CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, cit., pp. 68-71) —, alla « ribellione degli avvocati » — che però, ad avviso del Cipriani, non fu una delle cause ma la conseguenza del fallimento del nuovo processo civile (ivi, pp. 71, 79-116; ID., *La ribellione degli avvocati al c.p.c. del 1942 e il silenzio del Consiglio nazionale forense*, in ID., *Ideologie e modelli del processo civile*, cit., pp. 75-101, poi in ID., *Scritti in onore dei patres*, cit., pp. 401-434) —, all'impedimento « perfino di sperimentare l'attuazione dei [...] principi essenziali [del nuovo processo], a causa di deficienze di mezzi e di uomini che hanno superato ogni previsione più pessimistica » (JAEGER, *In memoria di Piero Calamandrei*, cit., pp. 10-11).

⁽¹⁵⁹⁾ PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, cit., p. 727. Anche se non mancano voci dissenzienti, come quelle di Salvatore Satta (S. SATTÀ, *Riflessioni sul nuovo codice di procedura civile*, in « Jus », I, 1940, pp. 93-101) e Antonio Segni (SEGNI, *Intorno al nuovo procedimento civile*, cit., pp. 215-229, poi in ID., *Scritti giuridici*, cit., pp. 373-389). Segni critica le forme del procedimento previsto davanti al giudice collegiale, che rinnegano i canoni chiovendiani dell'oralità (l'identità fisica del giudice che istruisce e decide, l'immediatezza del rapporto tra il giudice decidente e le parti e la concentrazione processuale): il delegare l'istruttoria ad un giudice istruttore, « lo spezzare il giudizio in due fasi distinte (istruzione e decisione), l'affidare la decisione ad un giudice diverso dall'istruttore — anche se questi sarà il relatore nelle cause dinanzi al collegio — toglie ad un siffatto procedimento ogni carattere di oralità » (ivi, p. 383). Anche Satta, esaminando « se i principi dell'oralità siano stati rispettati » nel nuovo codice — i principi della « vera oralità » chiovendiana e non di quella che « si è venuta deformando, ed è quasi assunta a sinonimo di aumento dei poteri del giudice, di prevalenza di questo sulle parti, di impulso, se non addirittura di violenza ufficiale rispetto al processo », insomma quei « postulati pubblicistici sempre più esasperati » che aveva già denunciato nella prolusione patavina del '37 (S. SATTÀ, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in « Rivista di diritto processuale civile », XIV, 1937, pt. I, pp. 32-49, poi in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, cit., pp. 177-194; l'ultima citazione è appunto dalla *Postilla* della ristampa in *Soliloqui e colloqui*, cit., p. 194) —, ritiene che « in base ai principi dell'oralità, non può sussistere il minimo dubbio che il giudizio deve essere negativo » sulla istituzione del giudice istruttore e la « scissione » del giudizio tra istruzione della causa e attività decisoria (SATTÀ, *Riflessioni sul nuovo codice di procedura civile*, cit., pp. 94-97). Tuttavia, si rassegna a sperare che anche « questa trovata (absit iniuria) » del giudice istruttore (ivi, p. 97), questo esperimento di « oralità mediata » (ivi, p. 101), questo ossimoro, insomma, possa « essere una delle tante vie che il Signore ha scelto per farci arrivare, in un prossimo domani, all'oralità » (ivi, p. 97). Ma alle critiche ed ai dubbi di Satta e di Segni risponde diret-

zioni del Calamandrei ⁽¹⁶⁰⁾ ed a quelle del Carnelutti ⁽¹⁶¹⁾, si pensi alla *Guida pratica* di Salvatore Satta ⁽¹⁶²⁾, al *Diritto processuale civile* di Marco Tullio Zanzucchi ⁽¹⁶³⁾, al *Commento* di Virgilio Andrioli ⁽¹⁶⁴⁾, al *Diritto processuale civile* di Nicola Jaeger ⁽¹⁶⁵⁾.

tamente e sollecitamente Allorio nella prolusione maceratese del '40, già ricordata supra, che è una fervida apologia del nuovo codice e il disegno di un fiducioso cammino verso di esso (ALLORIO, *Verso il nuovo codice*, cit., pp. 179-194).

⁽¹⁶⁰⁾ CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, cit.

⁽¹⁶¹⁾ « Non tocca a me stabilire quanta parte dell'altrui e quanta del mio pensiero abbia nutrito l'opera legislativa; solo mi par lecito raccontare che il mettere a posto i nuovi istituti entro gli schemi del mio sistema scientifico m'è riuscito di una sorprendente facilità. Può darsi che sia un'impressione fallace; fatto sta che mi sono trovato entro il nuovo codice come a casa mia. Questo non vuol dire affatto che io ne sia contento; se ho più volte confessato che i miei stessi libri, appena stampati, li vorrei rifare, cosa dovrò dire del codice, al quale, se vogliamo servirci ancora una volta del paragone col meccanismo, è mancata la pazienza e l'attenzione in quella delicatissima fase che potrebbe chiamarsi la montatura? Ad ogni modo, poiché qui non si tratta dell'altrui ma del mio lavoro, quel che volevo dire è che la linea del codice nuovo m'è senza confronto più familiare che quella del codice passato » (F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, Società editrice del Foro Italiano, 1941, pp. V-VI).

⁽¹⁶²⁾ Come abbiamo veduto, Satta aveva manifestato « con franchezza » in « un articolo pubblicato nella rivista *Jus* », nell'aprile del 1941 (SATTA, *Riflessioni sul nuovo codice di procedura civile*, cit.), le sue « riserve su alcuni punti fondamentali del nuovo codice » (ID., *Guida pratica per il nuovo processo civile italiano*, Padova, Cedam, 1941, p. X). Ma nella *Guida pratica* riconosce che « la riforma del codice di procedura civile è stata quel che una riforma del codice di procedura civile deve essere: e cioè una riforma del procedimento, nella costante volontà di renderlo più adatto alla realizzazione della giustizia » (ivi, p. 10). Anche della figura del giudice istruttore — dopo avere illustrato su « *Jus* », come abbiamo visto, quali fossero i « difetti » e i « pericoli che essa presenta » — nella *Guida* preme a Satta « assai più considerare il pregio inestimabile di questo giudice che, sceso dallo scanno, e sciolte le braccia troppo al sen conserte, agisce fra le parti e collabora con esse all'opera di giustizia. Il suo compito non è facile, perché tutto il processo, e cioè tutta la sorte della riforma, è nelle sue mani » (ivi, p. 12).

⁽¹⁶³⁾ M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile secondo il nuovo codice con raffronti al codice del 1865*, voll. III, Milano, Giuffrè, 1940-41. Prima edizione litografata del corso sul nuovo processo, i cui criteri dichiara nella premessa alla seconda edizione: « ho cercato di attenermi il più possibile al Codice, sia nella sistemazione della materia, sia nella risoluzione di questioni dubbie. Ché questa mi sembra la più urgente necessità per tutti: studiosi, pratici, studenti: immedesimarci col Codice nuovo » (ID., *Il nuovo diritto processuale civile I. Introduzione e parte generale*, Milano, Giuffrè, 1942², p. V).

⁽¹⁶⁴⁾ V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, voll. III, Napoli, Jo-

Su questo sfondo storico, culturale, dottrinale e letterario, lo scritto di Bracci appare, ad un primo livello di comunicazione, come un minuzioso, puntuale, completo, informatissimo ⁽¹⁶⁶⁾ esame esegetico « della riforma processuale » ⁽¹⁶⁷⁾ operata dal nuovo codice sulla disciplina dei conflitti di attribuzione e di giurisdizione. A richiedere un siffatto tesissimo sforzo ermeneutico, letterale e logico, sistematico e storico — attorno in specie agli articoli 37 (Difetto di giurisdizione), 41 (Regolamento di giurisdizione), 42 (Regolamento necessario di competenza), 43 (Regolamento facoltativo di competenza), 360 (Sentenze impugnabili e motivi del ricorso), 362 (Altri casi di ricorso per cassazione), 374 (Pronuncia a sezioni unite) e 386 (Effetti della decisione sulla giurisdizione), ma non 367 (Sospensione del processo di merito), passato quasi sotto silenzio ⁽¹⁶⁸⁾, a causa dell'invisibilità da parte della dottrina del tempo del 367, 1° comma ⁽¹⁶⁹⁾ —, sono le « gravi lacune » e i « problemi » interpretativi « nuovi » prodotti dall'inserimento materiale nel co-

vene, 1941-42. È la prima edizione del celebre commentario, una ricchissima esegesi di ogni singolo articolo del codice, magistrale per la padronanza della tradizione dottrinale e dell'elaborazione giurisprudenziale, un'esegesi preceduta per ogni articolo dall'esame puntuale dei lavori preparatori, un lavoro che si meritò il Premio Chiovenda 1941, ma anche un'opera che pare nostalgica della vecchia età liberale. Dinanzi a un nuovo codice che « ha un suo sistema » e di fronte ad « opere istituzionali, nelle quali il nuovo codice è già composto in sistema », Andrioli guarda idealmente indietro, al vecchio « codice del 1865, dalle righe del quale esalava l'aria di familiarità, che ce lo ha reso tanto caro », torna alle dottrine e alle « ideologie, che per la liberalità intellettuale di quello hanno avuto agio di svilupparsi rigogliosamente », sceglie il genere letterario del « commento redatto alla bonaria maniera dei nostri vecchi articolo per articolo » (ivi, pp. V-VI).

⁽¹⁶⁵⁾ N. JAEGER, *Diritto processuale civile secondo i nuovi codici*, Torino, Utet, 1942, una trattazione istituzionale che segue fedelmente la sistematica del codice.

⁽¹⁶⁶⁾ Non solo con un utilizzo al gran completo della dottrina processualistica ed amministrativistica, ma anche della giurisprudenza della Cassazione, cfr. BRACCI, *Le questioni e i conflitti di giurisdizione*, cit., pp. 178 nt. 1, 184 ntt. 1 e 2, 185 nt. 1, 188-189 nt. 1, 196 ntt. 1, 198 nt. 1 e 2, 203 nt. 1, 206 nt. 1.

⁽¹⁶⁷⁾ Ivi, p. 184.

⁽¹⁶⁸⁾ Bracci cita l'art. 367 di sfuggita dedicando ad esso solo poche righe incolori, espositive, meramente esegetiche (cfr. ivi, pp. 190, 191, 199).

⁽¹⁶⁹⁾ Dottrina che non riesce a 'vedere' il ruolo decisivo del 367, 1° comma, nel mutare il regolamento di giurisdizione da « mezzo acceleratorio » in « uno strumento dilatorio » del processo (CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., p. 2), proprio

dice delle vecchie norme della legge 31 marzo 1877 n. 3761 *sui conflitti di attribuzioni*, compiuto « un po' superficialmente e forse affrettatamente qua e là », quando « il codice era già ultimato nella sua redazione quasi definitiva »⁽¹⁷⁰⁾.

Ma proprio « questo trapianto delle vecchie regole nella nuova disciplina », col suo apparente « peso anacronistico »⁽¹⁷¹⁾, produce un risultato politico-legislativo relevantissimo, perché nel nuovo codice l'intero sistema della verifica della giurisdizione resta così tutto dentro l'orizzonte di senso della tradizione letteraria liberale, dentro l'assetto teorico, culturale, istituzionale e normativo che lo Stato

perché essa condivide le « apprezzabili intenzioni », ma anche l'opacità dello sguardo del legislatore del '42, convinto di « togliere all'amministrazione un privilegio » e ad un tempo illuso di « consentire a tutte le parti di utilizzare uno strumento acceleratorio » (ivi, p. 107). La rilevanza dell'art. 367, 1° comma, finiva così per non essere visibile a Bracci e alla dottrina contemporanea, come invece lo sarà ad una dottrina successiva che collegherà l'art. 41, 1° comma, che generalizza il ricorso al regolamento di giurisdizione, proprio all'art. 367, 1° comma, che prevede che « il deposito della copia notificata del ricorso per regolamento nella cancelleria del giudice di merito, obbliga lo stesso giudice a sospendere il processo » (ivi, p. 104). E apparirà così manifesto che è proprio il 367, 1° comma, è proprio la norma che « ricollega alla richiesta del regolamento la sospensione obbligatoria del processo », quella « che maggiormente ha influito nell'attribuire al nostro istituto la carica eversiva ch'esso indiscutibilmente possiede, perché consente alle Sezioni unite di giudicare insindacabilmente nel merito al di fuori del sistema dei gradi » (ivi, p. 104). Criticissimo è restato anche nelle opere successive l'atteggiamento del Cipriani verso « il c.d. regolamento di giurisdizione, ossia la vecchia 'arma di guerra' dell'esecutivo, ora (sciaguratamente) messa a disposizione di tutti i litiganti » (Id., *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, cit., p. 86), sino ad annoverarlo in quella « serie di istituti collaterali che sembravano fatti apposta per perder tempo (dal regolamento di giurisdizione, al regolamento facoltativo di competenza, alla miriade di inverosimili sospensioni) » (ivi, p. 103).

⁽¹⁷⁰⁾ « Senza un completo lavoro di adattamento e di coordinamento » delle vecchie norme del 1877 con le nuove del codice del '40 e dunque restio « ad armoniche interpretazioni » (BRACCI, *Le questioni e i conflitti di giurisdizione*, cit., pp. 171, 193). Un istituto, cui la *Relazione* ministeriale non dedica che un fuggevole cenno in chiusura della trattazione del regolamento di competenza, scrivendo che con la disciplina adottata per esso « si è conseguito anche il vantaggio di poter meglio coordinare l'istituto del regolamento di competenza con quello del regolamento di giurisdizione tratto dalla legge del 31 marzo 1877 (art. 41) e di poter unificare nella Corte di Cassazione, anche in relazione ai conflitti (art. 362), la funzione di supremo organo regolatore della giurisdizione e delle competenze (artt. 49 e 382) » (*Relazione*, cit., p. XLVIII).

⁽¹⁷¹⁾ BRACCI, *Le questioni e i conflitti di giurisdizione*, cit., p. 171.

italiano aveva assunto con l'unificazione legislativa e amministrativa del 1865, rimane dentro le forme dello Stato liberale di diritto, del principio di legalità, del 'mito' del giudice unico — accolto nella legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E, che aveva abolito i tribunali del contenzioso amministrativo — e dell'impostazione conflittuale ottocentesca del procedimento di verifica della giurisdizione, a garanzia dell'autonomia costituzionale dell'amministrazione. E dall'« ideale » della « giurisdizione unica ordinaria » erano « per sé inseparabili » i « principi fondamentali » della legge del 1877, come rilevava Guido Zanobini ⁽¹⁷²⁾, visto che era stata emanata proprio per ovviare ad una « mostruosità giuridica » presente nella (e in contraddizione con la) legislazione del '65 — aveva scritto l'Orlando ⁽¹⁷³⁾.

⁽¹⁷²⁾ Aggiungendo che « la più completa attuazione dell'ideale della giurisdizione unica » rimaneva, del resto, il « programma » del « legislatore fascista [...], come detto nella Relazione al Codice » e citava l'inizio del § 9 della *Relazione (Relazione, cit., p. XX)*, in cui Calamandrei/Grandi avvicinarono, come vedremo più avanti, « in modo sempre più pieno il nuovo Codice all'ideale della giurisdizione unica, solennemente proclamato nel primo articolo » (G. ZANOBINI, *I conflitti di attribuzione e di giurisdizione nel nuovo codice di procedura civile*, in « Foro amministrativo », XVII, 1942, IV, p. 1 nt. 3).

⁽¹⁷³⁾ « Mostruosità giuridica » di avere, da una parte, istituito il giudice unico competente per tutte le materie, anche amministrative, per le quali fosse richiesto la garanzia di un giudizio a tutela « di un diritto civile o politico » (art. 2 dell'all. E sul contenzioso amministrativo), vale a dire di qualunque diritto soggettivo privato o pubblico del singolo, e dall'altra, di avere mantenuto l'istituto dei conflitti e affidatane la risoluzione al Consiglio di Stato, e dunque attribuito proprio all'autorità amministrativa la potestà di segnare i limiti della « giurisdizione amministrativa » dell'autorità giudiziaria (V.E. ORLANDO, *Contenzioso amministrativo*, in *Il Digesto italiano*, VIII, pt. II, Torino, Utet, 1895-98, p. 897), con gli artt. 10 dell'all. D sul Consiglio di Stato e 13 dell'all. E sul contenzioso amministrativo. Invero, anche « le linee teoriche » della legge del 1877 erano « tutt'altro che impeccabili » per Orlando. Infatti, gli pareva riuscisse « sempre difficile il giustificare » l'istituto dei conflitti: « una forma eccezionale di procedimento, con cui, in sostanza, una delle due parti, cioè l'Amministrazione chiamata in causa, ha una facoltà, lasciata esclusivamente all'arbitrio di essa, di sospendere il corso normale del giudizio. Or le eccezioni al diritto comune sono sempre odiose ed occorrerebbero gravi ragioni per legittimarle ». Ma Orlando non ne trovava, e così concludeva che « sarebbe stato meglio abolire senz'altro l'istituto stesso dei conflitti, che si può veramente definire un retaggio di forme istituzionali che in Italia han cessato di esistere » (ivi, p. 898).

Se con l'entrata in vigore del nuovo Codice di procedura civile cessava di avere applicazione la legge del '77, la novazione della fonte non innovava sui principi fondamentali di quella legge⁽¹⁷⁴⁾, eccetto che per il superamento del privilegio « odioso » di riservare all'amministrazione il « mezzo straordinario » di elevare il conflitto, chiedere alla Cassazione a sezioni unite la verifica della giurisdizione e paralizzare così a propria discrezione « l'ordinario corso della giustizia civile »⁽¹⁷⁵⁾. Con la generalizzazione dell'uso del « mezzo straordinario » e la sua messa a disposizione di tutte le parti ad opera dell'art. 41, 1° comma⁽¹⁷⁶⁾, l'istituto della verifica della giurisdizione conservava ma insieme allargava la semplice prospettiva della legge del '77 — del principio di legalità, della giurisdizione unica ordinaria e del sistema ottocentesco dei conflitti — per aprirsi, almeno potenzialmente — ad un altro livello di comunicazione, destinato ad altri futuri interpreti —, ad un più ampio orizzonte costituzionale, per collegarsi al principio costituzionale del giudice naturale, al « diritto costituzionalmente garantito della parte al rispetto della garanzia del giudice naturale precostituito per legge », sancito nell'art. 71 dello Statuto albertino e poi nell'art. 25 della Costituzione repubblicana, come osserverà la dottrina processualistica successiva⁽¹⁷⁷⁾. Così un istituto che nella legge del '77 era apparso una negazione della « guarentigia costituzionale del giudice naturale »⁽¹⁷⁸⁾, dopo l'avvento del nuovo codice, con la generalizzazione del « mezzo straordinario » del regolamento di giurisdizione

(174) ZANOBINI, *I conflitti di attribuzione e di giurisdizione*, cit., p. 1.

(175) NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 176.

(176) Mentre il 2° comma riserva alla sola amministrazione la facoltà di richiedere la verifica della giurisdizione, in ogni stato e grado del processo, quando essa non sia parte in causa.

(177) PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940*, cit., p. 743.

(178) Perché « le Sezioni unite pronunciavano sulla c.d. incompetenza dell'autorità giudiziaria nei confronti della pubblica amministrazione, cioè [...] su una questione di merito, ossia su una questione attinente alla fondatezza della domanda, che, senza l'intervento sospensivo del prefetto e senza la deviazione obbligata » del processo davanti ad esse, « avrebbe dovuto essere e sarebbe stata decisa dal giudice adito secondo le ordinarie regole processuali sulla competenza » (CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., p. 61; si veda anche NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 183).

zione prevista nell'art. 41, 1° comma, poteva essere interpretato come una sua garanzia.

Dunque, anche il trapianto nel codice delle vecchie norme della legge del '77 pare avvenire *pour cause*. Risulta una conferma ulteriore, entro la sistematica del codice e nell'ambito della disciplina di un istituto specifico, dei risultati che potevano essere conseguiti da scelte legislative idealmente analoghe all'operazione culturale e legislativa condotta da Calamandrei in quegli anni, agli intenti della sua scrittura polisemica, mimetica e stratificata, alla sua pratica dell'« arte della reticenza » e della conseguente « ermeneutica della reticenza »⁽¹⁷⁹⁾: la tutela e la conservazione dei principi dello Stato di diritto nello Stato autoritario, in nome della storia e della indipendenza giuridica nazionali e contro l'attacco ad essi portato dalla Germania nazionalsocialista.

Nella *Relazione* al codice e nel codice stesso la pluralità dei piani della scrittura risulta palese.

Enunciata a tutte lettere nella *Relazione* al codice di Grandi/Calamandrei, al livello più essoterico della comunicazione, è la testimonianza dell'ortodossia politica, la professione di fede politica (di cui diremo più avanti) recitata con le formule rituali « incastonate » da Giuseppe Chiarelli (*Relazione* del ministro Grandi, scritta da Piero Calamandrei, rifinita nelle forme dell'espressione fascistica da Chiarelli, allora ordinario di Diritto Corporativo nella Facoltà perugina di Scienze politiche)⁽¹⁸⁰⁾ d'essere il codice del '40

(179) A. MOMIGLIANO, *Ermeneutica e pensiero politico classico in Leo Strauss*, in ID., *Quarto contributo alla storia degli studi classici*, cit., pp. 123,127-128, poi in ID., *Pagine ebraiche*, cit., pp. 194, 198.

(180) Il 24 settembre 1940, nel suo diario Piero Calamandrei annota: « È stato qui da me il dott. Lugo per due giorni a farmi vedere le aggiunte che sulla mia relazione al Codice di Procedura Civile sono state proposte dal prof. Chiarelli per dare alla relazione quel carattere fascista che essa nel testo redatto da me non aveva. Dice che Mandrioli, capo di Gabinetto, dopo letta la mia relazione, ha detto: « È bellissima; ma insomma non c'è ricordato né il duce né il fascismo: pare che lo faccia apposta! ». Sì, lo faccio apposta... come una persona che è abituata bene lo fa apposta se nel parlare non ci mette errori di grammatica. M'ha detto Lugo che un alto magistrato e un funzionario del ministero hanno passato molte settimane a spogliare tutte le opere di M[ussolini], per trovare frasi sulla giustizia e sui giudici da inserire poi, a guisa di gemme incastonate, nei lavori legislativi. Ora il Chiarelli fa quest'opera di incastona-

« espressione storica dello Stato fascista e corporativo »⁽¹⁸¹⁾, che farà dire a Satta che se « giaculatorie d'occasione » si erano « abusivamente infiltrate » nella *Relazione*, « la relazione non è il codice »⁽¹⁸²⁾.

Ma anche il codice ha una struttura a doppio fondo nei suoi principi e nei suoi istituti, appare un'opera dal significato reversibile, suscettibile di perfette metamorfosi semantiche, capace di assumere senso diverso al mutare del contesto storico e dell'interprete, ben al di là della fisiologica incertezza, provvisorietà e precarietà dell'interpretazione, che sempre produce il significato della norma.

Si pensi, anzitutto, all'ambiguità delle note, radicali 'novità' introdotte nel processo civile rispetto al codice del 1865, con l'asserita recezione della visione pubblicistica chiovendiana⁽¹⁸³⁾, che però risaliva all'inizio del secolo e all'età liberale e che dunque avrebbe dovuto innovare, guardando paradossalmente indietro e conservando un vecchio ordine teorico e ideale, su cui torneremo tra breve. Ebbene, l'invocazione calamandreiana di Chioventa con-

mento sull'opera mia... » (CALAMANDREI, *Diario 1939-1945*, t. I, cit., pp. 239-240). Si vedano anche CIPRIANI, *Piero Calamandrei, la Relazione al re e l'apostolato di Chioventa*, cit., p. 436; ID., *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, cit., pp. 47-52, 374-375, doc. n. 72; GRANDI, *25 luglio*, cit., pp. 195-196; ID., *Il mio paese*, cit., pp. 486-487.

⁽¹⁸¹⁾ A principiare dal « rafforzamento dell'autorità del giudice », quale proiezione nel processo del « rafforzamento del principio dell'autorità dello Stato » (*Relazione*, cit., p. XI).

⁽¹⁸²⁾ Ed era « insensatezza l'accusa di fascismo rivolta a un codice di procedura » (S. SATTA, *In difesa del codice di procedura civile*, in « Foro italiano », LXX, 1947, pt. IV, col. 47).

⁽¹⁸³⁾ Degli insegnamenti « della scuola sistematica fondata da Giuseppe Chioventa, quella radicale revisione teorica di tutti gli istituti processuali, che rivendicò al diritto pubblico il processo civile e ne rinnovò la dottrina, studiandolo non più come espressione di una lotta di interessi privati, ma come strumento della più augusta tra le funzioni dello Stato » (*Relazione*, cit., p. XI). Sebbene, com'è noto, « la paternità dottrinale del codice » — proprio perché esso presenta molti e contrastanti aspetti dottrinali — risulti « quanto mai dubbia » (TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, cit., p. 285) e sia ora radicalmente respinta da Franco Cipriani (si veda *La leggenda del Codice chiovendiano*, che costituisce la seconda parte del libro di CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit., pp. 89-210).

ferisce al codice un'inestricabile polisemia. Nel '39-'40, il suo nome serve a Calamandrei per praticare impunemente « tra le righe »⁽¹⁸⁴⁾ la doppia scrittura autoritaria/liberale della *Relazione* e del codice, per moltiplicare cripticamente i loro livelli di senso. Per Calamandrei, Chiovenda costituisce l'applicazione del « principio di reticenza »⁽¹⁸⁵⁾ alla *Relazione* e al codice, è il *ductus obliquus*⁽¹⁸⁶⁾ della scrittura del codice, è la maschera pubblicitica da far indossare al codice per conservare i principi liberali del processo civile.

Si pensi anche alla « innovazione più originale e più significativa » del nuovo codice — suscettibile di un numero infinito di interpretazioni riguardo alla sua origine, alla sua natura politico-giuridica ed alle sue conseguenze funzionali sul processo —, alla « istituzione del giudice istruttore »⁽¹⁸⁷⁾ (cui è affidata l'istruzione della causa e la direzione del processo), che, ad avviso della stessa *Relazione* al codice, sarebbe polisemica, rappresenterebbe un doppio compromesso: da una parte, rispetto alle dignità chiovendiane dell'immediatezza, identità, concentrazione e oralità (ma più che di compromesso si tratta, invero, di rinnegamento)⁽¹⁸⁸⁾, dall'altra, in quanto « coordinazione integratrice di due sistemi a torto ritenuti antagonisti », quello del giudice collegiale e del giudice unico⁽¹⁸⁹⁾ (ma più che di « coordinazione integratrice » si tratta di una mera conciliazione verbale, a mezzo tra la *protestatio contra factum* e l'ottimismo della volontà').

Si pensi alla proluvie autoritaria di termini perentori⁽¹⁹⁰⁾, preclusioni, nullità ed estinzioni, ai « mille poteri discrezionali del giu-

(184) STRAUSS, *Scrittura e persecuzione*, cit., p. 22.

(185) MOMIGLIANO, *Ermeneutica e pensiero politico classico in Leo Strauss*, cit., p. 128.

(186) T. MORE, *Utopia*, edited by G.M. Logan, R.M. Adams and C.H. Miller, Cambridge, 1995, p. 96.

(187) *Relazione*, cit., p. XXXVIII.

(188) Si veda da ultimo anche A. PROTO PISANI, *I modelli di fase preparatoria dei processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2006*, in « Il Foro italiano », CXXXI, 2006, pt. V, col. 375.

(189) *Relazione*, cit., pp. XXXVII-XXXVIII.

(190) « I mille termini perentori rilevabili d'ufficio » (CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit., p. 198).

dice istruttore », alla « sostituzione delle sentenze impugnabili con le ordinanze inimpugnabili », al « divieto d'impugnare immediatamente le parziali (persino quelle su domanda!...) »⁽¹⁹¹⁾, che si vollero intendere però anche come garanzia di ragionevole durata del processo contro il supposto malcostume della classe forense avvocatizia, avvezza, per Virgilio Andrioli e Gian Antonio Micheli, a scambiare l'inviolabilità dei diritti alla difesa con l'intagibilità dei propri comodi e il processo per il proprio « comodo »⁽¹⁹²⁾.

Si pensi, per fare un altro caso, all'inquietante *ordine d'ispezione di persone e di cose* contemplato dall'art. 118; ed, infine, alla stessa formula dell'impulso d'ufficio, previsto, ad esempio, dagli artt. 175, 188 e 202, ma che poi si ritiene « attuato con notevole moderazione »⁽¹⁹³⁾.

Insomma, un'ambivalenza costitutiva, una polisemia funzionale a radicali metamorfosi semantiche nel mutare dei contesti storico-politici e delle strategie, « un pluriverso in movimento, attraversato » da contrastanti « visioni antropologiche e politico-giuridiche »⁽¹⁹⁴⁾, un dedalo di piani di comunicazione, una moltiplicazione di stratificazioni di senso, una disseminazione ermeneutica, che consente a Calamandrei di dissimulare un'opera di grande conservazione. E in effetti il codice risulta connotato in senso sostanzialmente 'conservatore': conservatore, anzitutto, del « senso della legalità » e dell'« ideale della giurisdizione unica », proclamati nella *Relazione*⁽¹⁹⁵⁾, seppure necessariamente declinati, ibridati-dissimu-

⁽¹⁹¹⁾ Ivi, p. 198.

⁽¹⁹²⁾ V. ANDRIOLI, G.A. MICHELI, *Riforma del codice di procedura civile*, in « Annuario di Diritto comparato e di studi legislativi », XIX, 1946, p. 212. Il passo è citato da CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, cit., pp. 85-86.

⁽¹⁹³⁾ TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, cit., pp. 262-265.

⁽¹⁹⁴⁾ Come ha scritto Pietro Costa per narrare le vicende del principio di legalità nella modernità penale, cfr. P. COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in « Quaderni fiorentini », XXXVI, 2007, t. I, p. 4).

⁽¹⁹⁵⁾ « Questo rafforzato senso della legalità, che vuol dire insieme più sicura coscienza della unità del diritto e della Nazione, mi ha necessariamente portato ad avvicinare in modo sempre più pieno il nuovo Codice all'ideale della giurisdizione unica, solennemente proclamato nel primo articolo » (*Relazione*, cit., p. XX; sulla riafferma-

lati, nel discorso pubblico dello « Stato autoritario » esistente e della sottesa polemica antigermanica, come affermazioni dell'« unità » e della « sovranità » dello Stato ⁽¹⁹⁶⁾, come segni di « rafforzamento del principio di autorità dello Stato » ⁽¹⁹⁷⁾; conservatore, dunque, di quelle « idee rette », che sin dal '40 Calamandrei rivendicava di aver « cercato di metter[e] dentro » il Codice di procedura civile ⁽¹⁹⁸⁾. E netta ed espressa fu la lettura conservatrice, che subito ne dettero studiosi come Guido Zanobini ⁽¹⁹⁹⁾ e Salvatore Satta ⁽²⁰⁰⁾.

Il codice conserva e ribadisce i principi di legalità e dell'unità della giurisdizione fin dalla solenne riaffermazione nell'art. 1 dell'« ideale della giurisdizione unica » ⁽²⁰¹⁾: « la giurisdizione civile, salvo speciali disposizioni di legge, è esercitata dai giudici ordinari secondo le norme del presente codice ». E la *Relazione al codice* di Grandi/Calamandrei, accanto ai nuovi istituti, richiama, sottolinea

zione del principio dell'unità della giurisdizione si vedano anche le pp. XIV, XXI, e su quello di legalità che le pp. XVIII, XXVII, XXXI).

⁽¹⁹⁶⁾ Ivi, pp. XVIII.

⁽¹⁹⁷⁾ Ivi, p. XI.

⁽¹⁹⁸⁾ « Io ho finito ieri la mia relazione al Codice di procedura civile: ho cercato di metterci dentro idee "rette"; ma se va via Grandi, addio lavoro! » (CALAMANDREI, *Diario 1939-1945*, t. I, cit., p. 227, sotto la data 5 settembre 1940). Sappiamo che Calamandrei fu autore anche dell'« ultima revisione » del codice (ivi, p. 144, sotto la data 9 aprile 1940; si veda CIPRIANI, *Il codice di procedura civile*, cit., p. 44).

⁽¹⁹⁹⁾ Come abbiamo già visto, cfr. ZANOBINI, *I conflitti di attribuzione e di giurisdizione*, cit., p. 1.

⁽²⁰⁰⁾ « La riforma non si deve intendere come un sovvertimento di tutti i principi fondamentali del vecchio codice, connaturati in noi, e parte essenziale della nostra civiltà. La legge processuale resta sempre quella che è, la funzione del processo è una ed eterna, come la giustizia che esso mira ad assicurare. [...] La riforma non è altro, non può essere altro che un adeguamento dei mezzi al fine da raggiungere, magari un rafforzamento dei mezzi già esistenti e caduti in disuso. Il legislatore non ha voluto altro, non può aver voluto altro »: ad esempio, dopo gli sconfinamenti della dottrina processualistica, che aveva rivendicato al processo « tutta la materia delle prove e la cosa giudicata (per non parlare d'altro), che la tradizione con sicuro intuito, aveva sempre assegnato al diritto sostanziale [...], il legislatore ha risolutamente deciso di tornare all'antico, e ha in linea di massima, escluso dal nuovo codice tutte le norme che non siano strettamente e tecnicamente processuali, e come tali non si trovassero già nel codice vecchio » (SATTA, *Guida pratica*, cit., pp. 7-9).

⁽²⁰¹⁾ *Relazione*, cit., p. XX.

ed esalta quei valori, perché propri della tradizione giuridica nazionale, della « tradizione patria » (202), i valori del *Codice* e della *codificazione* (203), del *giudice e la legge* (204) — come recita la rubrica del § 8 della *Relazione*, di un diritto che si esprime nella legge e di un giudice che la applica ai casi concreti (205) —, del *principio della giurisdizione unica* (206) e dell'*unità del diritto* (207), ed infine del *principio dispositivo, proiezione nel processo del diritto soggettivo* (208), in un sottinteso contrappunto continuo con la vicenda del processo civile in Germania, con le riforme nazionalsocialiste che avevano negato quei valori e sconvolto il processo civile tedesco.

(202) Ivi, p. LXV.

(203) Ivi, pp. XVI-XVII, § 6.

(204) Ribadendo con gli usuali impliciti accenti polemicamente antigermanici, contro il superamento del principio di legalità e l'accoglimento delle tesi del diritto libero: « La fortunata circostanza per la quale il nuovo processo civile nasce contemporaneamente con quella legislazione sostanziale di cui dovrà essere lo strumento, permette di riaffermare nel giudice, al quale è affidato il governo del nuovo processo, l'altissimo ufficio di austero assertore di una più forte e più piena legalità. [...] Rafforzamento dell'autorità del giudice non può significare, nello Stato fascista, conferimento al giudice di poteri creativi del diritto: sarebbe stato vano innalzare il grande edificio della codificazione, che reca in ogni suo articolo l'impronta di una consapevole ed unitaria volontà rinnovatrice, se poi si fosse dato al giudice il potere di sovrapporre caso per caso, alla volontà espressa nella legge, il suo variabile arbitrio. Lo Stato autoritario respinge energicamente le tendenze, che periodicamente si riaffacciano, nelle crisi della legalità, volte ad innalzare il giudice per deprimere il legislatore; queste tendenze, che significano indebolimento dei poteri centrali dello Stato e sgretolamento della unità del diritto, non possono non essere respinte da uno Stato che sia geloso custode della propria unità e della propria sovranità » (ivi, pp. XVIII). Che erano i medesimi concetti e parole scritte nel '37 per la Facoltà giuridica fiorentina nella relazione al Progetto preliminare Solmi (cfr. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, cit., pp. 306-307).

(205) Valori che si riassumono nel « sistema della legalità secondo il quale il diritto si esprime in norme generali ed stratte che il giudice è chiamato ad applicare ai casi concreti » (*Relazione*, cit., pp. XVIII-XIX, § 8): « nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità », recita l'art. 113 del c.p.c. Nel suo *Diritto processuale civile* del '42, Nicola Jaeger osserva che la *Relazione* nel § 8 « riafferma energicamente il principio di legalità », contro « i sostenitori della concezione del c.d. diritto libero » (JAEGER, *Diritto processuale civile*, cit., p. 60).

(206) *Relazione*, cit., pp. XXI-XXI, § 9.

(207) Ivi, pp. XXIV-XXVI, § 11.

(208) Ivi, pp. XXVII-XXVIII, § 13.

D'altra parte, per tornare a percorrere i meandri chiovendiani del Calamandrei, la stessa rivendicazione al diritto pubblico del processo civile annunciata da Chiovenda, il « carattere di funzione pubblica » della giurisdizione ⁽²⁰⁹⁾, l'affermazione della natura pubblica dell'azione e della giurisdizione, erano state da lui fatte ed evocate da Calamandrei proprio in un'ottica liberale: « per allargare al massimo la tutela giurisdizionale dei diritti, la strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale e ai suoi bisogni di tutela: i presupposti pubblicistici conducono cioè ad un ampliamento della tutela dei diritti privati » ⁽²¹⁰⁾.

Dunque, il carattere pubblico del processo civile è pensato da Chiovenda-Calamandrei in funzione della tutela dei diritti privati disponibili, che costituiscono secondo la concezione liberale l'oggetto del processo ed insieme fondano « il principio della normale correlazione tra titolarità del diritto sostanziale e titolarità del diritto o potere d'azione », vale a dire il principio dispositivo ⁽²¹¹⁾, così come si contrappongono alle « tendenze nazionalsocialiste volte ad aumentare senza limiti i poteri discrezionali del giudice nella gestione del processo » ⁽²¹²⁾.

La *Relazione* ministeriale di Calamandrei si mimetizza con Chiovenda per confermare e far propria la visione liberale del processo, la funzionalità del sistema processuale alla tutela del diritto sostanziale ⁽²¹³⁾: il processo « dev'essere necessariamente costruito

⁽²⁰⁹⁾ Ivi, p. XXVI.

⁽²¹⁰⁾ PROTO PISANI, *Il Codice di procedura civile del 1940*, cit., pp. 722-723.

⁽²¹¹⁾ Ed *a contrario* « l'eccezionalità delle ipotesi di legittimazione straordinaria dei soggetti privati non titolati del diritto fatto valere, nonché l'eccezionalità del potere di azione e della obbligatorietà dell'intervento del pubblico ministero » (ivi, pp. 714-715).

⁽²¹²⁾ Ivi, pp. 724-725.

⁽²¹³⁾ Alla tutela degli « interessi privati » riconosciuti, seppure nell'ambito dell'usuale giaculatoria fascista: « Lo Stato fascista non nega gli interessi privati ma anzi riconosce la importanza di essi come propulsori delle private iniziative, e pertanto validamente li tutela; e non c'è vera tutela di interessi che non si rifletta in un saldo sistema processuale. Ma questa tutela non è fine a sé stessa, giacché non esiste, nel nostro ordinamento, interesse che non sia tutelato in funzione della sua portata sociale, e quindi, in definitiva, degli interessi superiori della Nazione. Pertanto nello Stato fascista il processo non è soltanto lotta di interessi, ma è strumento di feconda composizione

come lo strumento del diritto sostanziale, che logicamente ne costituisce la premessa ed il fine » (214). La tradizionale concezione liberale del processo può così essere ribadita a tutte lettere nella *Relazione* per riaffermare *Il principio dispositivo, proiezione nel processo del diritto soggettivo*, il mantenimento di massima del « principio dispositivo in tutte le cause attinenti a rapporti disponibili » (215).

La direzione effettiva del processo affidata al giudice (216) « non è inconciliabile coll'autonomia negoziale che le parti conservano sul rapporto controverso » (217). La soluzione del « problema della prevalenza da darsi nel processo civile al principio cosiddetto dispositivo o a quello, che gli si contrappone, cosiddetto inquisitorio » non può che essere storica e « in armonia con tutta la codificazione di cui il diritto processuale fa parte. Il principio dispositivo è, in sostanza, la proiezione nel campo processuale di quella autonomia

di essi, e sopra tutto è strumento per assicurare non solo un ordinato sistema di vita sociale, ispirato ai supremi fini dello Stato, ma anche per assicurare, attraverso l'applicazione delle norme giuridiche che disciplinano la vita della Nazione, la realizzazione nei privati rapporti dei supremi interessi di questa. E sopra tutto è strumento per realizzare quella che la parola del *Duce* ha indicato come meta della Rivoluzione fascista: una più alta giustizia sociale » (*Relazione*, cit., pp. XI-XII).

(214) « Il nuovo processo civile è lo strumento creato appositamente, con felice coincidenza di tempi, per la nuova legislazione sostanziale: per quanto diversi siano i Codici, lo spirito animatore che tutti li percorre è uno » (ivi, p. XVI).

(215) Ivi, pp. XXVII-XXVIII. Soltanto « a proposito del processo del lavoro », dunque solo nell'esame dell'istituto basilare dell'« ideologia fascista della giustizia » (TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, cit., p. 277 e nt. 64), la *Relazione* accenna alla « graduale trasformazione dei diritti individuali in funzioni di pubblica utilità, che costituiscono le premesse dello Stato corporativo » (*Relazione*, cit., pp. XI-XII).

(216) « La generale tendenza, visibile in tutte le legislazioni processuali di quest'ultimo ventennio, a rafforzare i poteri del giudice nel processo civile, deriva da due diverse correnti di pensiero, che solo in parte confluiscono: per un verso, cioè, deriva da considerazioni di carattere esclusivamente processuale, attinenti al carattere di funzione pubblica che ha in ogni caso la giurisdizione anche quando si esercita su controversie di diritto privato; e per l'altro verso da considerazioni attinenti alle trasformazioni avvenute nel diritto sostanziale ove si assiste ad una costante permeazione del diritto pubblico in campi finora riservati alla libera disposizione dei privati » (ivi, p. XXVI).

(217) « Nei limiti in cui questa autonomia è mantenuta dalle norme di ordine pubblico » (ivi, p. XXVII).

privata nei confini segnati dalla legge, che trova la sua più energica affermazione nella tradizionale figura del diritto soggettivo: fino a che la legislazione sostanziale riconoscerà (sia pure per coordinarla sempre meglio ai fini collettivi) tale autonomia, il principio dispositivo dovrà essere coerentemente mantenuto nel processo civile come insopprimibile espressione del potere riconosciuto ai privati di disporre della propria sfera giuridica »⁽²¹⁸⁾. E dunque « dare al giudice il potere di iniziare d'ufficio una causa che gli interessati vorrebbero evitare, o di giudicare su fatti che le parti non hanno allegati, vorrebbe dire togliere in sede processuale quell'autonomia individuale che in sede sostanziale è riconosciuta dal diritto vigente »⁽²¹⁹⁾. Insomma, il processo rimane « un processo di “parti” »⁽²²⁰⁾. Anche se a conclusione della tirata liberal-privatistica, la *Relazione* calamandreiana si mimetizza cautelosamente dietro gli stilemi, di prammatica nel discorso pubblico durante il regime fascista, dei limiti dettati all'autonomia individuale dall'interesse pubblico⁽²²¹⁾.

In definitiva la stessa *Relazione* al codice pare inserirsi perfettamente nella serie nutritissima di interventi dottrinali su *La crisi del processo civile in Germania*, che Calamandrei pubblicò tra il '38 e il '42 nella « Rivista di diritto processuale civile »⁽²²²⁾, come abbiamo visto, e che connotano il suo impegno tutto volto a conservare i va-

⁽²¹⁸⁾ Ivi, pp. XXVII-XXVIII.

⁽²¹⁹⁾ « Si sono perciò conservati nel Codice (art. 112 e seguenti), come affermazioni di principio, gli aforismi dell'antica sapienza: *ne procedat iudex ex officio; ne eat iudex ultra petita partium; iudex secundum alligata et probata decidere debet*. Sopprimere questi principi avrebbe dovuto dire, più che riformare il processo, riformare il diritto privato » (ivi, p. XXVIII).

⁽²²⁰⁾ TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, cit., p. 288.

⁽²²¹⁾ « Con ciò non si vuole escludere, ben s'intende, che anche tale autonomia possa esser limitata o anche soppressa tutte le volte in cui l'interesse pubblico lo richieda: si vuol dire soltanto che tali limitazioni debbono essere esplicitamente stabilite dal diritto sostanziale, e non già essere introdotte indirettamente, con un espediente che repugnerebbe alla chiara e coraggiosa tecnica alla quale si è ispirata la codificazione fascista, attraverso il processo » (*Relazione*, cit., p. XXVIII).

⁽²²²⁾ Su « la giurisprudenza civile, specchio profondo della società » e sul rapporto tra politica e magistratura negli anni del regime, si veda O. ABBAMONTE, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, Milano, Giuffrè, 2003.

lori dello Stato di diritto nello Stato autoritario, in una radicale denuncia delle riforme processuali nazionalsocialiste e nel suo implacato 'antigermanesimo' di quegli anni.

Nella *Relazione* scriveva che proprio contro gli « inquinamenti » prodotti dagli « influssi stranieri » (223) — quella « malsana tendenza » ad imitare certe leggi straniere, che aveva già respinto nel '37 nella relazione al progetto preliminare Solmi redatta su incarico della Facoltà giuridica fiorentina (224) — i valori affermatosi nella storia giuridica nazionale restano fermi nel nuovo codice, perché frutto della « tradizione patria » e « romana » (225), della « linea della grande tradizione italiana » (226), che « movendo dal diritto romano e passando per la legislazione canonica e statutaria, giunge diritta fino all'ordinamento dello Stato fascista e corporativo, [linea su cui] vuol essere collocato il nuovo Codice » (227).

E nell'insistita, seppure implicita, contrapposizione dei principi e dei fattori storici della « riforma » processuale italiana a quella germanica, pare di udire quasi un'eco della temperie politico-culturale italiana di quell'autunno del '40, pare di cogliere una deliberata ulteriore allusione, la volontà di citare le aspirazioni politiche a vie autonome e parallele, a concorrenze e competizioni, proclamate dalla dirigenza fascista in quei primi avvii bellici, pare di avvertire l'intento del Calamandrei di sostenere l'ortodossia dei « principi di politica legislativa ai quali la riforma si [era] ispirata » (228), connotandoli anche con le parole d'ordine della « guerra parallela » che

(223) *Relazione*, cit., p. LXV.

(224) CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, cit., p. 306.

(225) « Romana è la tradizione dell'oralità del processo, romano il principio che la prova è diretta a formare il libero convincimento del giudice, romana la distinzione tra *sententia* e *interlocutio*: romano è sopra tutto questo spirito di saggia comprensione umana che fa servire le forme alle necessità sostanziali della giustizia, e non sacrifica la sostanza alle astrattezze di un formalismo meccanico, goffamente consequenziario » (ivi, p. 65).

(226) *Relazione*, cit., p. LXIV.

(227) Ivi, p. LXV.

(228) Ivi, p. XVII.

sullo scorcio del '40 non si erano ancora infrante sui campi di battaglia di Libia e di Albania ⁽²²⁹⁾.

3. « *Dissimulazione honesta* » ed « *ermeneutica della reticenza* ». Il « *collaborazionismo* » necessario degli universitari oppositori al regime.

Per comprendere il significato storico del saggio di Bracci su *I conflitti di giurisdizione*, può essere utile anche scegliere un altro angolo visuale, farne una lettura comparata con la *Relazione* del Calamandrei al codice ⁽²³⁰⁾ e considerarli, quali essi furono, due esposizioni sinottiche e simultanee del nuovo codice del '40.

Naturalmente la *Relazione* al codice e lo scritto di Bracci appartengono a generi letterari diversi e dunque i lessici, i livelli di senso e le strategie retoriche risultano necessariamente differenti — al di là degli interventi « letterari » e censori che pur vi furono nella *Relazione* ⁽²³¹⁾ —; ma simili, seppure non uguali, ci paiono i messaggi autentici, il sostrato ideologico-giuridico dei due scritti — che, ripetiamo, potremmo definire di difesa dei principi dello Stato di diritto in un regime autoritario —, simile il ruolo socio-politico di « collaboratori-oppositori », che i due giuristi accettano di svolgere al fine di tutelare quei principi, il proprio mestiere di scrivere e l'arte della scrittura, e simile, infine, il carattere pluristratificato della scrittura, modellato sulla complessità, sul pluriverso dell'operazione politico-culturale svolta.

La *Relazione* al codice è come discorso pubblico, come livello di comunicazione essoterico, un genere letterario ipercodificato e

⁽²²⁹⁾ R. DE FELICE, *Mussolini l'alleato 1940-1945. 1. L'Italia in guerra 1940-1943*, T. I, *Dalla guerra breve alla guerra lunga*, Torino, Einaudi, 1990, pp. 3-110.

⁽²³⁰⁾ E con lo scritto *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica* cit., che la doppia e che abbiamo visto apparire sulla « Rivista di diritto processuale civile » insieme al saggio di Bracci.

⁽²³¹⁾ « Nella relazione al Codice di Procedura Civile fatta da me all'ultimo momento (oltre ai brani di esaltazione fascista aggiunti da Chiarelli) sono stati soppressi personalmente da Grandi *tutti gli accenni al Mortara* [perché ebreo] e la frase « apostolato » riferita a Chiovena » (CALAMANDREI, *Diario 1939-1945*, t. I, cit., p. 254, sotto la data 30 ottobre 1940).

pertanto fortemente conservatore nei confronti della tradizione, sia nelle forme dei contenuti che dell'espressione. Dunque, tanto nell'attacco quanto nella chiusa, che nel corpo della *Relazione*, sono presenti tutti gli stilemi, i moduli caratteristici e convenzionali, i luoghi comuni espressivi della presentazione del codice all'approvazione del re da parte del ministro: dall'ossequio alla sovranità, alla fedeltà alla tradizione storica, alla continuità tra aspirazioni antiche, loro esaudimento presente e adeguatezza della riforma ai nuovi tempi, alla professione di fede nel destino del paese, unito a quello del sovrano e della Casa reale.

Gli stilemi tradizionali sono accompagnati e doppiati dai nuovi stereotipi del regime, dalle formule convenzionali dettate dal lessico e dall'ideologia del regime fascista, che, d'altra parte, sarebbero stati aggiunti da Giuseppe Chiarelli, come abbiamo visto, incaricato di quest'opera di revisione 'letteraria' e decorazione musiva⁽²³²⁾. Così, la codificazione del processo appare frutto dell'opera del regime, il risultato di una storia teleologica che culmina nello « Stato fascista e corporativo »⁽²³³⁾, lo strumento di « una più alta giustizia sociale », che costituisce la « meta della rivoluzione fascista » indicata dalla « parola del *Duce* »⁽²³⁴⁾, e contribuisce alla « stessa funzione storica che l'Italia adempie » con « la guerra imperiale » presto « coronata dalla definitiva vittoria »⁽²³⁵⁾.

La liturgia lessicale della *Relazione* — unita agli interventi censori-'letterari', dei doppi « incastonatori », in quanto revisori e mosaicisti — non lascia margine alla libertà linguistica del collaboratore-oppositore, ma così l'obbligatorietà del canone espressivo è perfettamente funzionale alla pratica della reticenza, alla pluralità dei piani di comunicazione, allo « scrivere tra le righe »⁽²³⁶⁾, alla *dissimulazione honesta*⁽²³⁷⁾.

⁽²³²⁾ Del lavoro di 'mosaicista' del Chiarelli abbiamo già detto *supra*.

⁽²³³⁾ *Relazione*, cit., p. LXV.

⁽²³⁴⁾ Ivi, p. XII.

⁽²³⁵⁾ Ivi, p. LXVI.

⁽²³⁶⁾ STRAUSS, *Scrittura e persecuzione*, cit., p. 22.

⁽²³⁷⁾ La citazione è ovviamente del 'trattatello' di Torquato Accetto fatto ristampare da Croce *pour cause* nel 1928, T. ACCETTO, *Della dissimulazione honesta*, Bari, Laterza, 1928, su cui si vedano almeno B. CROCE, *Storia dell'età barocca in Italia. Pensie-*

La scelta resta riguardo alle forme dei contenuti della *Relazione* tra esegesi, commento analitico « condotto articolo per articolo » dei vari istituti da una parte, e dall'altra l'illustrazione dei « principi di politica legislativa ai quali la riforma si è ispirata »⁽²³⁸⁾.

Calamandrei sceglie di illustrare i « principi » e la *Relazione* diventa così al livello di senso del messaggio autentico un manifesto dei principi dello Stato di diritto costitutivi del nuovo processo civile « dello Stato fascista e corporativo »⁽²³⁹⁾: il programma della « più completa attuazione del « sistema della giurisdizione unica ordinaria » e del « riaffermato senso della legalità », commenta Guido Zanobini ripetendo le parole della *Relazione*, come abbiamo visto⁽²⁴⁰⁾.

All'inverso, Bracci preferisce l'altra delle due opzioni possibili e scrive un meticoloso commento analitico dell'istituto dei conflitti di giurisdizione e di attribuzioni. Ma così facendo sceglie, come abbiamo visto, di studiare e assicurare l'applicabilità di un istituto cardine dello Stato liberale di diritto italiano ottocentesco e dei vecchi principi della legge del '77 nel nuovo sistema del codice, sceglie di traghettare nel nuovo codice la connotazione semantica liberale di un istituto dello Stato di diritto liberale, appunto.

Nello scritto di Bracci lo Stato di diritto costituisce la prospettiva stessa dell'indagine: il « principio generale di diritto costituzionale » dello Stato liberale di diritto, secondo cui « ad ogni potere dello stato spetta una inderogabile specifica funzione »⁽²⁴¹⁾, implica che nel caso di conflitto positivo o negativo di giurisdizione o di attribuzioni di funzioni « esistano rimedi speciali contro i conflitti, che sono, come abbiamo veduto, situazioni costituzional-

ro-poesia e letteratura. Vita morale, Bari, Laterza, 1967⁵, pp. 158-161; R. VILLARI, *Elogio della dissimulazione. La lotta politica nel Seicento*, Roma, Laterza, 1988, pp. 25-48. Con riferimento al libro dell'Accetto, ha scritto de *Le finzioni nel processo civile*, in « Rassegna di diritto civile », 23, 2002, pp. 51-65, Franco Cipriani.

⁽²³⁸⁾ E volta « a mettere in evidenza quali sono le più importanti innovazioni nelle quali tali principi hanno trovato concreta attuazione » (*Relazione*, cit., pp. XVII-XVIII).

⁽²³⁹⁾ Ivi, p. LXV.

⁽²⁴⁰⁾ ZANOBINI, *I conflitti di attribuzione e di giurisdizione*, cit., p. 1.

⁽²⁴¹⁾ BRACCI, *Le questioni e i conflitti*, cit., p. 179.

mente e processualmente anormali »⁽²⁴²⁾ e ciò spiega anche le ragioni storiche, che Bracci ripercorre minuziosamente⁽²⁴³⁾, per cui il sistema di verifica della giurisdizione assunta la « forma della soluzione di conflitti », di ottocentesca memoria⁽²⁴⁴⁾.

Dunque, la *Relazione* al codice di Calamandrei e il saggio di Bracci condividono lo stesso contenuto ideologico-giuridico, il medesimo autentico messaggio, la riaffermazione dei principi dello Stato di diritto — ma uno Stato di diritto inteso dai due autori in maniera storicamente e concettualmente differente, come vedremo —; anche per questa ragione le forme dell'espressione dei due scritti sono ancora più lontane di quanto impongano le diversità dei generi letterari tra una *Relazione* ministeriale al codice ed un saggio scientifico di esegesi di un istituto processuale, nonché le revisioni censorie degli « incastonatori » di stilemi e stereotipi fascisti.

Il linguaggio del saggio di Bracci è connotato dall'impiego espresso, palesamente deliberato, programmatico, quasi esclusivo, di enunciati assertivi, descrittivi⁽²⁴⁵⁾, da una scrittura rigorosa⁽²⁴⁶⁾, distaccata, neutra, fredda, impassibile, da una registrazione notarile di una vicenda legislativa, una scrittura che pare voglia eccezionalmente ricorrere a predicati valutativi, come quando qualifica quali

⁽²⁴²⁾ Ivi, p. 180.

⁽²⁴³⁾ Ivi, pp. 166-172.

⁽²⁴⁴⁾ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 174.

⁽²⁴⁵⁾ « È importante mettere in luce un orientamento dottrinale del nuovo codice, meno importante è — almeno ai fini di questo studio — discutere della correttezza giuridica e sistematica di questa teoria » (BRACCI, *Le questioni e i conflitti*, cit., p. 173).

⁽²⁴⁶⁾ Seppure non scevra da distrazioni come nella sequenza di tre errori consecutivi di citazione dell'art. 3 della legge del '77 (quasi un caso di intolleranza inconscia), quando scrive che l'art. 362 n. 2 sui conflitti negativi di attribuzione tra pubblica amministrazione e giudice ordinario riprende l'art. 3 n. 3 della legge del '77, mentre riprende l'art. 3 n. 2 (cfr. p. 199); che sempre l'art. 362 n. 2 è nato lettera morta « perché così era considerato l'art. 2 n. 2 della legge del 1877 », mentre avrebbe dovuto scrivere ancora una volta l'art. 3 n. 2 (cfr. p. 201); ed infine quando osserva che « nel passato coloro che propendevano per estendere il rimedio del n. 2 dell'art. 3 della legge del 1877 (“giudicare dei conflitti di giurisdizione positivi e negativi fra tribunali ordinari e altre giurisdizioni speciali”) anche ai conflitti virtuali, che è quanto dire ai casi di litispendenza fra giudici ordinari e giudici speciali o fra questi ultimi », quando avrebbe dovuto indicare l'art. 3 n. 3 (cfr. p. 201).

« atti di fede » o « misticismi », come vedremo, gli orientamenti dottrinali chiovendiani prevalenti nel codice ⁽²⁴⁷⁾ — o indica i « difetti » di « adattamento e di coordinamento » delle « vecchie regole » della legge del '77 « nella nuova disciplina » ⁽²⁴⁸⁾ — proprio solo per ribadire la neutralità, l'obiettività, l'imparzialità, il realismo storico e l'equilibrio dello sguardo dell'autore.

Lo stile di questo testo appare una versione particolarmente radicale della retorica della neutralità della tecnica giuridica, della contrapposizione tra tecnica e politica, volta a celare l'apologia dello Stato di diritto dietro la critica allo stesso Stato di diritto e a legittimare scientificamente la pluralità dei risultati ermeneutici conseguiti: anzitutto, la completa ricostruzione dogmatica dell'istituto di verifica della giurisdizione nel nuovo sistema del codice; poi l'insieme di singole « audaci » proposte ermeneutiche estensive ⁽²⁴⁹⁾, come l'aggiunta al regolamento preventivo di giurisdizione, tramite ricorso alle Sezioni unite — messo a disposizione di tutte le parti prima della decisione della causa dall'art. 41, 1° c. ⁽²⁵⁰⁾ — l'aggiunta, dicevo, del regolamento facoltativo di competenza (art. 43) ⁽²⁵¹⁾, dopo la pronuncia della sentenza, « come rimedio straor-

⁽²⁴⁷⁾ Ivi, pp. 174, 194, 204.

⁽²⁴⁸⁾ Per poi aggiungere che « sono tuttavia difetti non gravi » di una normativa da interpretare « secondo quei principi generali saggiamente innovatori che sono la vera luce della riforma » (ivi, p. 172).

⁽²⁴⁹⁾ « Alquanto audace tenuto conto » in specie « delle definizioni in epigrafe agli articoli del codice », che a Bracci non piacevano, seppure frutto del « rigore scientifico del nuovo codice (anche troppo, ché, per es., quelle definizioni in epigrafe ad ogni articolo sono di moda, ma, mentre non sono e non possono essere fonti di diritto, sono piuttosto fonti di confusione e imbarazzano l'opera dell'interprete) » (ivi, pp. 193-194).

⁽²⁵⁰⁾ Come mezzo ordinario di risolvere « le questioni di giurisdizione di cui all'art. 37 », mentre il « mezzo straordinario » riservato all'amministrazione di richiedere la verifica della giurisdizione è stato limitato a quando l'amministrazione non sia parte in causa (art. 41, 2° c.), al contrario dell'art. 1 della legge del '77 che accordava all'amministrazione il « mezzo straordinario », il privilegio di « paralizzare » a propria discrezione « l'ordinario corso della giustizia civile » (NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 177) e riservava alla sola amministrazione in tutti i casi sia che fosse o non fosse parte in causa.

⁽²⁵¹⁾ « Dovendosi escludere » quello necessario di competenza (art. 42) riservato alla sentenza « che non decide il merito della causa », perché la pronuncia sulla que-

dinario, *omisso medio*, contro la sentenza in materia di giurisdizione »⁽²⁵²⁾; ed ancora, non solo l'esposizione distaccata, essenziale ed efficacissima della crisi (e la rilevazione storica dell'arretramento) della categoria dei diritti soggettivi, l'esame della funzionalizzazione degli « interessi individuali » alle « esigenze dell'interesse pubblico discrezionalmente apprezzate dall'amministrazione »⁽²⁵³⁾ — l'« imponente fenomeno politico e giuridico dell'evoluzione o involu-

stione di giurisdizione è anche pronuncia di merito (BRACCI, *Le questioni e i conflitti*, cit., pp. 191-194).

⁽²⁵²⁾ Ivi, p. 194. Per la considerazione che « nella nozione di giurisdizione è compresa anche quella di competenza nel senso che il giudice che pronuncia sull'esistenza o meno del diritto agli effetti della giurisdizione pronuncia al tempo stesso su un presupposto processuale, cioè sulla competenza. Si può quindi affermare che le sentenze che pronunzino su questioni di giurisdizione sono sentenze che pronunciano anche su questioni di competenza: sono sentenze sulla competenza insieme col merito. Allora se si tiene presente che l'art. 42 parla della competenza in termini estremamente generici (la sentenza che, *pronunciando sulla competenza anche a norma degli articoli 39 e 40*) sembra possibile proporre una *interpretazione estensiva secondo la quale le pronuncia sulle questioni di giurisdizione debbono essere considerate anche pronuncie sulla competenza, ai sensi dell'art. 42* » (ivi, p. 194). Di diverso avviso sul « Foro italiano », in una rapida succinta nota ermeneutica su *I limiti della giurisdizione nel nuovo codice di procedura*, apparsa quell'anno, Gaetano Azzariti nega punti di contatto tra regolamento di giurisdizione e regolamento di competenza e ne sottolinea la disciplina « del tutto » differente (G. AZZARITI, *I limiti della giurisdizione nel nuovo codice di procedura*, in « Il Foro italiano », LXVI, 1941, pt. IV, coll. 36-37). Come abbiamo visto *supra*, Azzariti interviene anche sulle questioni di competenza e del regolamento di competenza nella « Rivista di diritto processuale » del '41. Da ricordare che era stato Calamandrei, in sede di formulazione delle osservazioni sul testo definitivo del nuovo codice nel giugno del '40, a dare il suggerimento, accolto nel codice, « che questo regolamento di competenza, necessario o facoltativo, dovesse in ogni caso esser portato, invece che alla Corte d'Appello, *direttamente alla Corte di Cassazione* (come avviene sempre, anche nel nuovo CPC, per il regolamento di giurisdizione) » (si veda CIPRIANI, *Il codice di procedura civile*, cit., p. 237, doc. n. 52).

⁽²⁵³⁾ « In un ordinamento giuridico nel quale, sotto l'influenza irresistibile dei nuovi orientamenti sociali, la protezione degli interessi individuali viene progressivamente riconosciuta solo nel modo e nella misura consentita in concreto dalle esigenze dell'interesse pubblico discrezionalmente apprezzate dall'amministrazione o addirittura viene concessa solo in occasione della tutela di un interesse collettivo, con conseguente accrescimento quantitativo delle categorie dei diritti affievoliti e dei diritti riflessi a danno della categoria dei diritti soggettivi, suona un po' anacronistico attribuire tutta la giurisdizione agli organi giurisdizionali che attuano la sola protezione dei diritti soggettivi. Ciò a prescindere dal fatto che oggi sono numerosissime le giurisdizioni speciali

zione dei diritti soggettivi verso le categorie degli interessi legittimi »⁽²⁵⁴⁾, quell'« assorbimento » della « giustizia nell'amministrazione », che, come sappiamo, Calamandrei aveva proposto a Bracci di studiare fin dalla lettera del '38 —, ma anche, in contrasto con questo intero movimento storico, la descrizione critica del carattere nettamente « conservatore » del codice a favore dei principi della tradizione giuridica liberale sanciti nell'insegnamento chiovendiano⁽²⁵⁵⁾.

Bracci scrive a tutte lettere che il nuovo codice è ideologicamente conservatore dell'intero impianto teorico-giuridico liberale, così come è stato accolto nella dottrina del processo formulata dal Chiovenda⁽²⁵⁶⁾. E lo è in maniera estrema, radicale, sino a fare una « questione di fede », di credo « nella divisione dei poteri, intesa con efficacia quasi meccanica », organica⁽²⁵⁷⁾ — invece che funzionale, come pure la scuola giuridica nazionale aveva insegnato fin dall'Orlando⁽²⁵⁸⁾ — e di credo nei suoi postulati, nel « principio della giurisdizione unica, di cui con tanta eloquenza parla la relazione al codice »⁽²⁵⁹⁾, nella nozione chiovendiana di giurisdizione ordinaria, come investita « idealmente e potenzialmente » di « tutta la *giurisdizione* »⁽²⁶⁰⁾ secondo un « criterio [...] mistico » di « giurisdizione generale » attribuito « alla sola giurisdizione civile »⁽²⁶¹⁾, ignorando la realtà del Consiglio di Stato che ha sugli interessi legittimi tanta giurisdizione generale sua propria quanta ne hanno i tribunali civili sui diritti soggettivi.

Dunque il saggio di Bracci condivide ma assieme dissimula la

amministrative che, oltre conoscere le questioni riguardanti interessi legittimi hanno per oggetto anche quelle riguardanti diritti soggettivi derivanti da rapporti pubblici » (BRACCI, *Le questioni e i conflitti*, cit., p. 175).

⁽²⁵⁴⁾ Ivi, p. 204.

⁽²⁵⁵⁾ Ivi, pp. 173-174, 186, 204.

⁽²⁵⁶⁾ « È evidente che il nuovo codice ha fortemente sentito l'influenza della dottrina (Chiovenda) » (ivi, p. 173).

⁽²⁵⁷⁾ Ivi, p. 174.

⁽²⁵⁸⁾ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1905⁴, pp. 74-75, 78-79.

⁽²⁵⁹⁾ BRACCI, *Le questioni e i conflitti*, cit., p. 186.

⁽²⁶⁰⁾ Ivi, pp. 173-174, 203-204.

⁽²⁶¹⁾ Ivi, p. 204.

difesa dei principi dello Stato di diritto liberale, assumendo un reciso distacco critico dalla interpretazione « tradizionale »⁽²⁶²⁾ e « conservatrice »⁽²⁶³⁾ che Chiovenda e con lui la *Relazione* al codice, il codice medesimo, insomma, Calamandrei ne avevano dato.

Invece Calamandrei sembra voler guardare indietro, perché vede il pauroso orizzonte d'Oltralpe e teme le minacce di stravolgimenti dell'ordine giuridico nazionale e della civiltà giuridica europea che stanno venendo dall'egemonia germanica. La sua battaglia nel codice e nella *Relazione* è una battaglia di posizione, di difesa statica dei principi dello Stato di diritto, un aggrapparsi al terreno della storia giuridica nazionale per affondare nella tradizione « patria » e dunque anche nello Stato liberale di diritto italiano le radici del nuovo codice. Pertanto, pare volgersi indietro allo Stato liberale di diritto, invocare Chiovenda e i « fattori storici » nazionali, rindare alla « grande tradizione italiana », privilegiare la conservazione dell'identità giuridica nazionale, come unica certezza cui afferrarsi.

Al contrario, Bracci ritiene che si debba guardare avanti, che si debbano obiettivamente rilevare i nuovi « grandiosi », imponenti fenomeni politici e giuridici della « influenza irresistibile dei nuovi orientamenti sociali »⁽²⁶⁴⁾, di assimilazione della giustizia nell'amministrazione, di funzionalizzazione della società e degli interessi individuali a quelli pubblici e realisticamente prendere atto che « il problema politico delle garanzie della giustizia dipenda da fattori ben più profondi e complessi di quelli che possono trovare disciplina nell'ordinamento dei tribunali ordinari »⁽²⁶⁵⁾. Anche nel nuovo processo civile Bracci vede operare uno Stato di diritto sì, ma che ha assunto le forme dello Stato amministrativo della prima metà del Novecento.

Le due letture del codice di Bracci e Calamandrei condividono i valori dello Stato di diritto ma guardano a fasi storiche diverse e optano per connotazioni semantiche diverse di quello Stato: Cala-

⁽²⁶²⁾ Ivi, p. 204.

⁽²⁶³⁾ Ivi, p. 186.

⁽²⁶⁴⁾ Ivi, pp. 204, 175.

⁽²⁶⁵⁾ Ivi, p. 174.

mandrei contro i pericoli degli « influssi stranieri » dell'oggi ⁽²⁶⁶⁾ sembra voler riproporre le idee chiovendiane del « mondo di ieri »; Bracci le idee nuove che dal naufragio dello Stato liberale possano salvare quei principi ed istituti capaci di sopravvivere nel quadro dello Stato autoritario, dirigista, interventista dell'Italia tra gli anni Trenta e Quaranta del Novecento.

Ma in quei primi mesi di guerra, entrambi compiono la medesima scelta socio-politica, quella di oppositori che collaborano. Meglio, che continuano a collaborare. Perché, seppure da oppositori, hanno iniziato a 'collaborare' nel '25, con il loro lavoro istituzionale di studiosi e di docenti universitari, rimanendo in Italia dopo la fine dello Stato liberale; hanno continuato a 'collaborare' nel '31, giurando fedeltà al regime e restando nell'Università assieme alla quasi totalità degli universitari ⁽²⁶⁷⁾; e collaborano nel '40 partecipando alla redazione e al commento del codice. Seppure non aderendo al fascismo e continuando nell'esilio interno dalla politica e dalla vita pubblica la loro testimonianza di opposizione, collaborano.

Il 5 giugno 1943, coinvolto in un procedimento di polizia avviato a suo carico ⁽²⁶⁸⁾, è lo stesso Calamandrei a ricordare al governo fascista, in una memoria difensiva inviata al Ministero dell'Educazione Nazionale, i suoi vent'anni di oppositore-collaboratore: « ho sempre cercato, per quanto mi è stato possibile, di vivere senza livore ma anche senza infingimenti. Che io non sia iscritto al partito fascista, e che non abbia mai chiesto di esserlo, è noto; e non ho da pentirmene, perché il fatto che io abbia potuto, ciò nonostante, studiare per tanti anni e insegnar senza molestie, e che ultimamente mi sia stato fatto il grande onore di chiamarmi a dar la mia collaborazione tecnica al nuovo processo civile, dimostra che anche senza rinunciare alla propria libera coscienza si può servire, nei limiti delle proprie forze, il proprio Paese » ⁽²⁶⁹⁾.

⁽²⁶⁶⁾ *Relazione*, cit., p. LXV.

⁽²⁶⁷⁾ Eccetto i ben noti undici docenti che non giurarono.

⁽²⁶⁸⁾ La vicenda è narrata da Calamandrei nel *Diario*, cfr. P. CALAMANDREI, *Diario 1939-1945*, t. II, 1942-1945, Firenze, La Nuova Italia, 1982, pp. 122-135, sotto la data 12 giugno [1943], ore 8 Poveromo.

⁽²⁶⁹⁾ Il brano è tratto dal documento riprodotto in CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit., p. 310, doc. n. 40.

Così ancora nel '43, sullo scorcio del regime fascista, a poco più di un mese dal 25 luglio, Calamandrei, per difendere la propria libertà personale, è costretto a recitare l'apologia della collaborazione degli oppositori *nello Stato autoritario* e lusingare il regime alludendo palesamente alla funzionalità della collaborazione-opposizione ad esso e alla legittimazione che questo ne poteva ricevere.

Certo, è una collaborazione per la quale vale sempre quanto scrive Arnaldo Momigliano, quando legge con Leo Strauss il *Gerone* di Senofonte: « un saggio che consiglia un tiranno è *ipso facto* irretito in una situazione falsa »⁽²⁷⁰⁾. Ma se nel '43, la testimonianza e l'apologia della collaborazione degli oppositori servivano ormai solo a difendere la propria libertà, prima, finché le vicende belliche erano parse ancora favorire le potenze dell'Asse e in Europa appariva possibile l'inizio del *Reich* millenario, gli stessi orizzonti politici degli universitari oppositori non facevano intravedere altro che una pratica effettiva di reticente 'collaborazione conservatrice'. Sembravano limitarsi alla difesa dei residui, incertissimi spazi di indipendenza politica e di autonomia culturale dell'Italia nei confronti della Germania. Allora, anche la collaborazione degli oppositori alla conservazione della tradizionale, ottocentesca, 'vetero-liberale' forma codice, alla scrittura cifrata e stratigrafica dei codici, alle mimetiche *Relazioni* ai codici, ai commenti esegetici, all'« ermeneutica della reticenza » dei codici, poteva realisticamente apparire un contributo alla difesa della autonomia morale, intellettuale e giuridica dell'Italia nei confronti della Germania e alla conservazione di ciò che restava dei valori della civiltà giuridica liberale europea ed occidentale dinanzi all'avanzante notte della storia.

Con la guerra, in una pagina del *Diario* di Calamandrei, la collaborazione degli oppositori diventa per Bracci persino progetto di adesione al partito fascista per « capeggia[re] » il movimento di

(270) « Si trova nell'ambigua posizione di un saggio che dà consigli a chi lo potrebbe punire, se il consiglio fosse sgradito », in una situazione « tale che né il saggio né il tiranno può essere interamente sincero », dunque nella pratica necessaria della loro reciproca reticenza (MOMIGLIANO, *Ermeneutica e pensiero politico in Leo Strauss*, cit., pp. 121-122).

trasformazione che verrà « dal di dentro »⁽²⁷¹⁾, ma già nel gennaio del '41 il *Diario* annota che in mezzo al disorientamento generale « Bracci ha idee più chiare: egli crede che prima della fine della crisi vi sarà un periodo di dominazione tedesca in Italia: allora bisognerà fare la rivoluzione per riconquistare la nostra indipendenza contro lo straniero e la nostra libertà contro la dittatura, e poi, come popolo libero che si è redento con la rivoluzione, prender parte nell'ultima fase del conflitto alla guerra contro la Germania »⁽²⁷²⁾.

⁽²⁷¹⁾ « Intanto una quantità di brave persone sono in pena per la iscrizione degli ex combattenti [al partito fascista]: è stato a interpellarmi il prof. Bracci, il quale vorrebbe che le persone come me entrassero nel fascismo, per esser domani coloro che capeggeranno il movimento di trasformazione che verrà dal di dentro » (CALAMANDREI, *Diario*, cit., t. I, p. 115, data 16 dicembre 1939). Ma Calamandrei aveva ormai deciso: « Ora c'è una novità. Le iscrizioni al fascio sono riaperte a tutti gli ex combattenti. Vi sono anime in pena [...]. Per me, io credo di essere fuori da ogni rischio, perché non fo parte dell'Associaz[ione] naz[ionale] combattenti. Ma se il rettore mi interpellerà? Credo che ormai rischierò tutto, pur di salvare ancora questo piccolo frammento di sincerità che ormai m'è riuscito di mantenere per 18 anni, rimanendo fuori dal fascismo e non mettendomi finora nessun vestito da maschera » (ivi, p. 114, sotto la data 10 dicembre 1939).

⁽²⁷²⁾ Ivi, p. 293, sotto la data 26 gennaio 1941.

GIORGIO MARINUCCI

GIUSEPPE BETTIOL E LA CRISI DEL DIRITTO PENALE
NEGLI ANNI TRENTA

I.

1. Traccerò uno schizzo di Giuseppe Bettiol, strenuo difensore dei princìpi del diritto penale liberale durante la crisi che dal 1933 alla fine della guerra ha scosso le fondamenta stesse del pensiero penalistico.

L'ampiezza dello schizzo rispecchia quasi graficamente lo spazio che, nella raccolta dei suoi *Scritti giuridici*, è occupato dagli studi dedicati in quegli anni ai tanti profili della crisi: quasi la metà delle fittissime cinquecento pagine del primo tomo, un centinaio del secondo tomo, cui vanno aggiunte le tante recensioni apparse sulla *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. A ben vedere, mi occuperò di una parte cruciale dell'opera del grande che onoriamo a cento anni dalla nascita.

2. C'è una logica in questa mia cursoria commemorazione. Dopo i miei primi lavori su temi *unpolitisch*, il mio interesse è stato attratto proprio dai temi affrontati da Bettiol in quel fatale decennio. Ad accendermi l'interesse è stato Giacomo Delitala: l'eccelso maestro di Bettiol, Vassalli, Pedrazzi, Crespi, di chi scrive, ma anche di chi non gli fu allievo diretto. Lo spunto fu una mia acuta curiosità sollevata dal lavoro di Delitala del 1935 sui *Criteri direttivi del nuovo codice penale* ⁽¹⁾: conteneva, tra l'altro, una pacata filippica, com'era nel suo stile, contro i pochi fautori italiani dell'aboli-

⁽¹⁾ DELITALA, *Criteri direttivi del nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.* 1935, p. 590 ss., ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, 1976, p. 335 ss.

zione del divieto di analogia, imitatori della coeva scelta del legislatore nazionalsocialista. Per saperne di più, Delitala mi invitò a leggere i lavori di Vassalli e Nuvolone del '37 e '38 ⁽²⁾, che mostravano nei dettagli i guasti della riforma tedesca; ma l'invito più fervoroso fu alla lettura dei lavori di Bettiol. Solo quella lettura poteva darmi la visione della lotta al calor bianco combattuta da chi aveva incessantemente difeso, come Bettiol, i capisaldi del diritto penale liberale aggrediti — da ogni lato — dal pensiero dominante nella scienza penalistica dichiaratamente nazionalsocialista.

Avevo studiato il lavoro di Baratta ⁽³⁾ e quello di Marxen sulla 'lotta contro il diritto penale liberale' sviluppatasi in Germania soprattutto dopo l'avvento del nazismo ⁽⁴⁾; ma erano sguardi retrospettivi: non potevano rispecchiare dal vivo — come nei saggi di Bettiol — la battaglia combattuta anno dopo anno. Nei suoi interventi Bettiol mostrava quale fosse il suo assillo: evitare che l'irrompere in Italia delle riforme legislative e delle varie teorie elaborate in Germania dopo l'avvento del nazismo sfigurasse il volto del nostro diritto penale; sentiva di dover fornire gli anticorpi necessari per impedire che la tragica vicinanza delle due dittature — la nazista e la fascista — infettasse anche il nostro diritto penale, che nella codificazione del '30 aveva mantenuto lo stampo formale del diritto penale liberale ⁽⁵⁾. Fu un'opera incessante, coronata da successo, che gli costò nel 1940 il rimprovero di Dahm e Schaffstein ⁽⁶⁾ —

⁽²⁾ VASSALLI, *La giurisprudenza germanica in materia di analogia. Applicazioni e proposte di applicazione del § 2 del Codice penale del Reich*, in *Rivista di diritto penitenziario*, 1937, p. 917 ss.; NUVOLONE, *La riforma del § 2 del cod. pen. Germanico*, in *Riv. it. dir. pen.* 1938, p. 540 ss.

⁽³⁾ BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, 1963; ID., *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teorici e ideologici della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, 1966.

⁽⁴⁾ KLAUS MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreissiger Jahre*, 1975.

⁽⁵⁾ Lo riconobbe a malincuore SCHAFFSTEIN, *Methodenwandel, Analogieverbot und Rechtsguutslehre in der neuen italienischen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*. Bd. 59 1940, p. 519, richiamando anche la precedente valutazione dello svizzero HAFTER, in *SZtW*, Bd. 49 1935, p. 230, il quale aveva testualmente sottolineato che in Italia « il diritto penale era ancora caratterizzato in grande misura dal pensiero liberale ».

⁽⁶⁾ SCHAFFSTEIN, *op. cit.*, pp. 520 e 537; DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, 1940, p.

alfieri del nuovo corso della dottrina penalistica tedesca — di aver sbarrato il passo alle influenze sia della scuola penalistica di Kiel (7), che capeggiavano, sia degli altri nemici dichiarati del diritto penale liberale.

II.

La mia familiarità con i lavori di Bettiol — che ho messo a frutto in tante occasioni, a cominciare dal contributo agli scritti in memoria del comune maestro Delitala (8) — mi consente ora di passare a una schematica illustrazione delle sue principali prese di posizione.

La prima è del 1934. Tocca il tratto più ripugnante della storia tedesca di quel decennio: l'adesione del legislatore germanico alle « *teorie razziste* » « che sfocia nella legge del 14 luglio 1933 sulla *sterilizzazione delle persone affette da malattie ereditariamente tra-*

33 nota 65: entrambi contrapposero Bettiol a Antolisei, l'uno difensore strenuo del concetto di bene giuridico, cuore del diritto penale liberale, l'altro propenso all'emarginazione di quel concetto. Per maggiori dettagli cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, 3^a ed., 2001, p. 438 ss.

(7) La 'scuola' della facoltà giuridica dell'Università di Kiel comprendeva, oltre a Dahm e Schaffstein, studiosi di altre discipline: Karl Larenz (filosofo e teorico generale del diritto), Ernst Rudolf Huber (amministrativista), Wolfgang Siebert (civilista), Karl Michaelis (storico del diritto). Il manifesto della scuola, con i contributi dei sei autori, apparve nel 1935 sotto il titolo: *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*; e nella prefazione programmatica del curatore Karl Larenz si sottolineava il « comune convincimento dei collaboratori del volume che la scienza giuridica tedesca si trova(va) a un punto di svolta del suo sviluppo, che imponeva un nuovo inizio dalle fondamenta » all'insegna di « un pensiero giuridico tedesco ad un tempo 'concreto' e 'totalizzante' », secondo gli insegnamenti di Carl Schmitt enunciati nel suo 'manifesto': *Über die drei Arten der rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934. Sull'influenza esercitata da Carl Schmitt sul nuovo corso penalistico cfr., sin d'ora, SCHWINGE-ZIMMERM, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1937; ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft*, 2^a ed., 1968, pp. 135 ss. e 148 ss. Cfr. *infra* III, V 2.2.2, VI.

(8) MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, II, 1984, p. 761 s.

smisibili »⁽⁹⁾. Una legge — postilla Bettiol — « che ha avuto un'eco nettamente contraria presso i popoli latini », il cui « atteggiamento dipende dal grande rispetto per l'individualità radicato nell'animo latino »⁽¹⁰⁾. Destinatari della legge erano, tra l'altro, le persone affette da « cecità ereditaria, sordità ereditaria, grave deformità fisica ereditaria »⁽¹¹⁾; si vuole « evitare — continua Bettiol — la generazione di individui malati ereditariamente *onde migliorare le qualità biologiche della razza* »⁽¹²⁾; « il razzismo — incalza con malcelata ripugnanza — domina l'attività del governo tedesco preoccupato di tutelare la puretà e l'integrità della razza sul terreno biologico come in quello spirituale »⁽¹³⁾.

La legge sulla sterilizzazione è solo il primo frutto legislativo del razzismo del governo nazionalsocialista: prevede un mero provvedimento amministrativo sanitario, disposto dal Tribunale senza la presenza del pubblico, e anche senza il consenso dell'interessato su richiesta del medico fiscale o del direttore di un ospedale⁽¹⁴⁾.

Il secondo perverso frutto legislativo sarà la legge del 1935 sulla tutela della razza⁽¹⁵⁾, che prende di mira e punisce i rapporti sessuali tra ariani ed ebrei: la razza impura per eccellenza. Già in precedenza il ministro prussiano di giustizia — ricorda Bettiol — aveva elaborato un progetto che « prevedeva come delitto il fatto di colui che attenta ad un inquinamento della razza mediante l'unione sessuale di un tedesco con una persona appartenente a razza diversa che per legge deve essere tenuta da ogni contatto lontana; è ipotizzata come delitto anche la lesione dell'*onore della razza* che si consuma quando un tedesco coltiva scandalosamente una relazione con un individuo appartenente ad una razza di colore, e via di segui-

(9) BETTIOL, *Sterilizzazione e diritto penale in Germania*, in *Riv. it. dir. pen.* 1934, ora in *Scritti giuridici*, I, 1966, p. 102 ss. (le citazioni verranno tratte da questa riedizione).

(10) BETTIOL, *op. cit.*, p. 102.

(11) BETTIOL, *op. cit.*, p. 106.

(12) BETTIOL, *op. cit.*, p. 107.

(13) BETTIOL, *op. cit.*, p. 102.

(14) BETTIOL, *op. cit.*, p. 106.

(15) Cfr. SCHAFER, *Die Einzelheiten des Strafgesetznovelle vom 28 Juni 1935*, in *Deutsche Justiz*, 1935, p. 993 s.; AMMON, *Die Strafbarkeit von Ausländern nach § 5 Abs. 2 Blutschutz*, in *Juristische Wochenschrift*, 1936, p. 2936 s.

to » (16). Non tutto quel che era stato progettato diventò legge. Una legge troppo restrittiva agli occhi del *Reichsgericht*, che colmò le 'lacune' grazie alla freschissima abolizione del divieto di analogia, estendendo (tra l'altro) la rilevanza penale ai meri atti di libidine tra una donna ariana e un uomo ebreo, non compresi nella nuova norma incriminatrice: l'idea di fondo della norma, scrissero i massimi giudici del terzo Reich, era la tutela non solo del sangue, ma anche *dell'onore della razza* tedesca, ciò che ne legittimava l'espansione in via analogica (17).

Il terzo velenoso frutto dell'ideologia razzista del governo tedesco reclamava l'eliminazione delle cosiddette « vite inutili »: andavano « soppresse » — cito Bettiol — per « sgravare i bilanci degli enti pubblici »: « una proposta contraria alla morale di tutti i popoli civili — è il suo indignato commento — accarezzata dai teorici del razzismo i quali giudicano della moralità delle azioni a seconda che esse giovino o siano dannose al miglioramento fisico della razza germanica » (18). La proposta non diventò legge: un provvedimento segreto (19) dette però mano libera al dottor Mengele e ai suoi accoliti per renderlo 'produttivo' consentendo, ancor prima dell'inizio delle operazioni belliche, esperimenti scientifici sulle « vite inutili », per renderle « utili » al miglioramento della razza germanica. Ma (Bettiol lo ricorderà nel dopoguerra) l'ideologia razzista, legislazione a parte, penetrò nella prassi giurisprudenziale, come mostrava emblematicamente « un esempio per l'interpretazione della norma

(16) BETTIOL, *op. cit.*, p. 103.

(17) VASSALLI, *op. cit.*, p. 917 s. Per maggiori dettagli sul punto cfr. MARINUCCI, *L'analogia e la « punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale »*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, p. 1262.

(18) BETTIOL, *op. cit.*, p. 107 s.

(19) In questa e in altre tragiche circostanze la *segretezza* degli 'ordini del Führer' — manifestamente finalizzata ad impedire che il mondo intero ne venisse a conoscenza — li rendeva giuridicamente inesistenti, e quindi non vincolanti per chi invocava l'obbedienza a un ordine 'superiore', perché anche sotto il nazismo la pubblicazione degli atti legislativi (e gli ordini del Führer avevano forza di legge) era un requisito indispensabile per la validità di qualunque legge, come riconobbero nel dopoguerra i giudici tedeschi in decisioni epocali, e come sottolinearono molti giuristi commentando quelle decisioni: fra i tanti, cfr. WELZEL, *Gesetzmäßige Judentötung?*, in *NJW*, 1964, p. 521 ss.; BAUMANN, *Rechtmäßigkeit von Mordgeboten?*, *ivi*, 1964, p. 1405.

che incrimina l'aborto: è punibile una fanciulla di razza ebraica che si procura l'aborto? Un giurista legato ai principi tradizionali non può che rispondere affermativamente, mentre chi considera il diritto in funzione della tutela della purità razziale del popolo tedesco non può che rispondere negativamente, perché un individuo di razza ebraica in meno, rappresenta un pericolo in meno per la purità della razza » (20).

III.

Ma a chi doveva obbedire *l'interprete* nel nuovo stato nazional-socialista? La risposta a questo interrogativo cruciale, che spiega abbondantemente l'ultimo terribile caso, fu fornita da Henkel in un libro del 1934 (accolto significativamente nella collana diretta dal massimo teorico del 'nuovo ordine', Carl Schmitt) (21) che Bettiol

(20) BETTIOL, *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, II, 1966, p. 820.

(21) Un'eccellente 'autoritratto programmatico' di Carl Schmitt si può leggere nello scritto che segue la dichiarazione di assunzione della direzione, dal 1 giugno 1934, della *Deutsche Juristen-Zeitung*, su designazione del « Reichsführer der Deutschen Rechtsfront Staatminister Dr. Frank », nella sua veste di Presidente dei docenti universitari del *Nationalsozialistischen Deutschen Juristenbundes*: Cfr. CARL SCHMITT, *Der Weg des deutschen Juristen*, in *DJZ*, 1934, Heft 13, p. 691 ss.; qualche numero dopo della rivista il sommo politologo Schmitt lasciò un'orma indelebile della sua fedeltà al nuovo regime, legittimando la giustificazione in Parlamento da parte di Hitler della 'notte dei lunghi coltelli' (lo sterminio delle SA e dei loro capi, compreso Rohm), attribuendo al *Führer* — poco più di un anno dopo l'ascesa al potere — il ruolo di « giudice supremo del popolo tedesco », richiamandosi a uno dei principi fondamentali del suo credo politologico secondo cui « sovrano è chi decide sullo stato di eccezione »: *Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934*, in *DJZ.*, Heft 15, August 1934, p. 920 ss.; Schmitt scelse la stessa rivista per teorizzare il suo antisemitismo, riproducendo la relazione presentata nell'ottobre 1936 al Convegno dei giuristi del *Nationalsozialistisches Deutschen Juristenbundes: Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen das Jüdischen Geist*, in *DJZ*, Heft 20, Oktober 1936, p. 25 ss.: l'acme del suo « esorcismo liberatorio » e della difesa della « purezza incontaminata del nostro popolo tedesco » — seguendo l'insegnamento del « nostro Führer Adolf Hitler » (« quando mi proteggo e mi difendo da un ebreo io lotto per l'opera del Signore ») — viene raggiunto suggerendo una salutare *ripulitura delle biblioteche*, togliendo dal catalogo le opere di giuristi ebrei, confinandole in una « particolare sezione 'Judaica' ».

recensì e riassunse nello stesso anno ‘a beneficio’ dei penalisti italiani.

Questi i passaggi essenziali del riassunto di questo agghiacciante libro-guida ⁽²²⁾: « allo Stato di diritto di marca liberale, caratterizzato dalla supremazia del potere legislativo sugli altri due, è subentrato un tipo di Stato nel quale il *governo domina* il parlamento e la *magistratura*. Infrante sono, in breve, tutte le ragioni che postulano un codice penale ove le azioni criminose e le pene siano tassativamente previste. Anche il nuovo tipo di cittadino, che si è venuto in questi anni formando, non richiede più, ai fini della propria sicurezza giuridica, l'esistenza del principio di legalità. *Analogia, consuetudine, coscienza popolare* saranno le *fonti* del nuovo diritto penale tedesco. *Data, però, la subordinazione politica dell'organo giudiziario a quello esecutivo, l'ultima fonte* del diritto penale *hitleriano* sarà da ritrovarsi nel *comando (Befehl)* con cui si esprime l'attività degli organi di uno Stato autoritario » ⁽²³⁾.

IV.

La subordinazione del potere giudiziario a quello esecutivo doveva essere, e in molti casi sarà, la linea-guida delle scelte giudiziarie. Ma il rovesciamento dei principi liberali, imperniati sulla supremazia della legge, esigeva una scelta più stabile. La incarnò nel 1935 l'abbandono del *nullum crimen sine lege* con la cennata abolizione espressa del divieto di analogia *in malam partem*. Furono pochi in Italia i giuristi che suggerivano di seguire l'esempio tedesco. Ma il tentativo, come sa già il lettore, fu apertamente rintuzzato da Delitala e dagli allievi Vassalli e Nuvolone, demolendo anche l'argomento, caldeggiato da Maggiore ⁽²⁴⁾, dell'incompatibilità del principio di legalità con le esigenze di uno Stato autoritario e totalitario come l'Italia fascista. Con una buona dose di irenismo politico, De-

⁽²²⁾ HENKEL, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, 1934.

⁽²³⁾ BETTIOL, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, p. 424.

⁽²⁴⁾ Fra i tanti interventi cfr. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, p. 250 ss.

litala (come Zimmerl in Germania) ⁽²⁵⁾ rintuzzò quell'argomento 'politico' — e Bettiol lo ricordò in due occasioni, nel 1937 ⁽²⁶⁾ e nel 1940 ⁽²⁷⁾ — osservando con malcelato sarcasmo che « la possibilità di applicare analogicamente le norme penali lungi dal corrispondere ai principi di uno Stato autoritario, è con essi in contrasto. Non rafforza il potere esecutivo, ma quello giurisdizionale, e non è chi non veda come il principio di autorità possa essere scosso anche da un eccessivo potere degli organi giudiziari » ⁽²⁸⁾.

Quel che però era in gioco era la certezza del diritto, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, la loro difesa dagli arbitri dei giudici non più soggetti ai vincoli della legge. Sommi beni che, per esorcizzare l'analogia *in malam partem*, Delitala aveva ricollocato sul loro altare, osservando, che « militano in questo senso il bisogno della certezza del diritto e il principio di eguaglianza (...); i giudici potrebbero essere più sapienti del legislatore; ma la legge è la legge, e la sentenza la sentenza. Quella impone una decisione uniforme; questa è un comando concreto che si applica ad un caso concreto. Aprire la porta all'analogia significa consentire che il medesimo caso possa essere deciso da giudici diversi in maniera diversa (...). E poi, un po' di diffidenza verso i giudici, in materia penale, non è neppure irrispettosa. La gravità della sanzione, che colpisce nella vita, nella libertà, nell'onore, nei beni più preziosi e più sacri, la giustifica appieno » ⁽²⁹⁾. Bettiol rese ancor più visibile quell'altare: ricordò quanto aveva insegnato Vassalli con una domanda retorica formulata nel 1939 scrivendo sul *Nullum crimen sine le-*

⁽²⁵⁾ ZIMMERL, *Zur Auslegung des § 2 StGB*, in *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft*, 1936, p. 174 s.

⁽²⁶⁾ BETTIOL, *La regola « in dubio pro reo » nel diritto e nel processo penale*, 1937, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 308.

⁽²⁷⁾ BETTIOL, *Zur gegenwärtigen Lage in der italienischen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, Bd. 59, 1940, p. 505 ss., ripubblicato in italiano nel 1943: *Sui recenti orientamenti penalistici in Italia*, 1943, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 596. Le citazioni successive verranno tratte dal testo in lingua italiana.

⁽²⁸⁾ DELITALA, *op. cit.*, p. 344. Per maggiori dettagli cfr. MARINUCCI, *L'analogia e la « punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale »*, cit., p. 1260.

⁽²⁹⁾ DELITALA, *op. cit.*, p. 342 s.

ge⁽³⁰⁾: « è meglio poter giungere a punire tutto ciò che è meritevole di punizione, attuare cioè su questa terra la giustizia tutta intera, oppure *non rinunciare alla libertà, all'uguaglianza, e ai tanti vantaggi che sono loro connessi?* ». Il commento adesivo di Bettiol alla domanda retorica di Vassalli fu un'altra eloquente testimonianza della sua difesa dei principi liberali: « il nostro legislatore ha preferito non sacrificare i beni sommi della sicurezza e certezza giuridica ». E soggiunse: « legislazione e dottrina concordano, quindi, nel mantenimento del principio *nullum crimen sine lege* alla base della legislazione italiana (...). Ogni popolo ha delle tradizioni da osservare e un proprio patrimonio da difendere »⁽³¹⁾.

V.

1. Richiamo l'attenzione sul luogo in cui comparve quest'ultima ferma difesa da parte di Bettiol del *nullum crimen sine lege*. Era un articolo pubblicato nella *Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissenschaft* del 1940⁽³²⁾ — ripubblicato in Italia nel 1943⁽³³⁾ con il titolo *Sui recenti orientamenti penalistici in Italia* — che ricapitolava i suoi incessanti interventi iniziati nel 1934 in opposizione a questa o quella corrente 'innovatrice' della letteratura tedesca: a difesa della ricostruzione oggettivistica della nozione di reato come offesa al bene giuridico, contro le più disparate manifestazioni del soggettivismo; contro le visioni eticizzanti del diritto penale come strumento di repressione delle mere violazioni di doveri e degli atteggiamenti interiori ostili alla società; contro l'irrazionalismo filosofico e metodologico alla base della considerazione « unitaria » del reato (*Il reato come un tutto*)⁽³⁴⁾.

⁽³⁰⁾ VASSALLI, « *Nullum crimen sine lege* » in *Nuovo dig. it.*, VIII, 1939, p. 1177 e in *Giurisprudenza italiana* 1939, p. 49 s.

⁽³¹⁾ BETTIOL, *op. ult. cit.*, p. 596 s.

⁽³²⁾ BETTIOL (nota 27).

⁽³³⁾ BETTIOL (nota 27).

⁽³⁴⁾ Fu questo l'emblema, coniato da Mezger, di questa visione 'totalizzante' del reato risalente a Carl Schmitt, ostile ad ogni analisi dei suoi elementi costitutivi: MEZ-

Si comprende benissimo la citata reazione a quello scritto da parte di Friedrich Schaffstein — apparsa poche pagine dopo sulla ZStW⁽³⁵⁾ —, e la critica a Bettiol mossagli dall'altro alfiere della scuola di Kiel, Georg Dahm, nella monografia apparsa sempre nel 1940 sul *Tipo d'autore nel diritto penale*⁽³⁶⁾. Una critica anche pressa. Bettiol aveva già criticato gli orientamenti risalenti e recenti miranti a sostituire i 'tipi di fatto' con i 'tipi d'autore', e coerentemente recensì l'opera di Dahm, riassuntiva di quegli orientamenti, concludendo in modo perentorio: « Non credo che la teoria del tipo normativo d'autore possa incontrare molto favore in Italia. Essa si può comprendere solo nella nuova atmosfera politico-giuridica tedesca. *Noi siamo legati alla nostra tradizione giuridica e vogliamo che il principio di legalità e il dogma della sicurezza giuridica non vengano scossi da una teoria molto suggestiva ma pericolosa* »⁽³⁷⁾.

2. Ma ecco l'uno dopo l'altro i passaggi essenziali dello scritto del 1940: una summa del pensiero di Bettiol in quegli anni tormentosi. Cito alla lettera:

2.1. « I criteri per la determinazione del reato sono rimasti quelli della legislazione precedente, perché sono il frutto di una lunga tradizione che il nostro legislatore saggiamente non ha voluto abbandonare. *La nozione del reato è orientata oggettivamente: il legislatore guarda all'evento lesivo, (...) di guisa che il nostro diritto penale si trova in contrasto irriducibile con i principi di un diritto penale orientato verso la volontà (Willensstrafrecht)* »⁽³⁸⁾.

2.2. « La dottrina — continua Bettiol — è quasi concorde nel ritenere che i criteri per la determinazione del reato debbano essere di carattere oggettivo ed è il bene giuridico la ragione politica di ogni singola norma ». Aggiungo: Bettiol nel 1938 aveva speso pagine e pagine a difesa del bene giuridico come perno della struttura

GER, *Die Straftat als Ganzes*, in ZStW, p. 677 ss. Per un'analisi dettagliata di questa corrente cfr. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 1190 ss.

⁽³⁵⁾ SCHAFFSTEIN (nota 5).

⁽³⁶⁾ DAHM (nota 6).

⁽³⁷⁾ BETTIOL, in *Riv. it. dir. pen.* 1940, p. 463.

⁽³⁸⁾ BETTIOL, *op. cit.* (nota 27), p. 593.

del reato nella 'dogmatica liberale', risalente alla svolta epocale impressa al diritto penale da Beccaria ⁽³⁹⁾, respingendo non solo l'accentuato soggettivismo e gli attacchi frontali della scuola di Kiel ⁽⁴⁰⁾ — rintuzzati in Germania soprattutto da Schwinge e Zimmerl ⁽⁴¹⁾ — ma anche quelli meno virulenti ma non meno decisi sferrati dal pur grande Gallas in uno scritto dichiaratamente e contentutisticamente programmatico: *Per la critica della teoria del reato come lesione del bene giuridico* ⁽⁴²⁾.

2.2.1. La critica di Gallas è innanzitutto *politica*: « la teoria del bene giuridico e della sua lesione appare come il risultato di un modo di pensare individualistico-liberale, per il quale il compito dell'ordinamento giuridico si esaurisce nel delimitare reciprocamente le 'sfere di interessi' sia dell'individuo sia della sua personalità come membro dello Stato. In contrapposizione si colloca l'ideale giuridico del nazionalsocialismo basato sull'unità della società e del membro della società. L'essenza del reato giace perciò nel suo carattere di aggressione alla società, non nell'aggressione ingiustificata agli interessi giuridicamente protetti. Con ciò viene in primo piano il lato personale del reato e divengono punto di partenza nella configurazione dei concetti giuridico-penalistici il 'dovere' e l'atteggiamento interiore', e non o non più in prima linea 'bene giuridico' e 'interesse' » ⁽⁴³⁾.

Ed ecco l'anticritica politica di Bettiol: « è, invero, lo spirito liberale che assegna all'ordinamento giuridico il compito di delimitare le sfere di libertà dei singoli tra di loro e dei singoli di fronte allo Stato » ⁽⁴⁴⁾; ma « la negazione dell'esistenza di reciproche sfere di libera attività e di interessi potrebbe essere fondata solo nell'ipo-

⁽³⁹⁾ BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in *Riv. it. dir. pen.* 1938, ora in *Scritti giuridici*, I, cit. p. 319.

⁽⁴⁰⁾ Fra i tanti lavori, fondamentali quelli di SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, in *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, cit., p. 111; DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, ivi, p. 80 ss. e 102 ss.

⁽⁴¹⁾ SCHWINGE - ZIMMERL, *Wesensschau und Konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1937, p. 60 ss.

⁽⁴²⁾ GALLAS, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, in *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft*, cit., p. 50 ss.

⁽⁴³⁾ GALLAS, *op. cit.*, p. 51.

⁽⁴⁴⁾ BETTIOL, *op. ult. cit.*, p. 320.

tesi di un *assorbimento totale dell'individuo nell'orbita dello Stato*, ciò che ancora nei regimi autoritari non si è verificato » (45).

2.2.2. La critica ideologica *penalistica* di Gallas sfocia, come si è detto, in una visione dell'essenza del reato nella 'violazione di un dovere' e in un 'atteggiamento interiore ostile alla società'; l'*anticritica* di Bettiol è contundente: « quando nel reato non si vuol vedere altro che la contraddizione tra una condotta individuale e un imperativo giuridico — 'la violazione di un dovere' — indipendente dalla lesione di un bene della vita, si viene (...) a cadere in un *vacuo formalismo astrattista* che nessun sofisma sarà mai capace di giustificare » (46); « se si volesse ammettere che il reato è violazione di un obbligo, l'elemento della disubbidienza non potrebbe in nessun caso da solo esaurire il contenuto del reato, a meno che non si volesse sostenere che l'interesse dello Stato quando pone le norme sia unicamente l'interesse all'osservanza delle stesse e non invece quello della tutela delle condizioni — *interessi-beni giuridici* » — necessarie a garantire un'ordinata convivenza sociale » (47). Né quel *vacuo formalismo astrattista* può essere sorretto dalle « dottrine dello *Schmitt*, quando nega la necessità e l'utilità di ogni categoria generale dovendo — a suo avviso — l'attenzione dell'interprete essere sempre rivolta a singoli '*ordinamenti concreti*' » (48). Altro è, invero, sostenere la concretezza di un ordinamento e altro la con-

(45) BETTIOL, *op. ult. cit.*, p. 321.

(46) BETTIOL, *op. ult. cit.*, p. 322.

(47) BETTIOL, *op. ult. cit.*, p. 323.

(48) SCHMITT, *Über die drei Arten der Rechtswissenschaftlichen Denkens*, cit., aveva scritto, in materia penale, che « la separazione di concetti '*generalì*', come colpevolezza, concorso di persone, tentativo, dai delitti *concreti*, come alto tradimento furto o incendio, ci appare oggi non più come chiarificazione concettuale ovvero come garanzia di una maggior sicurezza o precisione, bensì come un'*astrazione artificiale e insensata che lacera il vitale nesso naturale e reale* ». Per la critica della 'teoria degli ordinamenti concreti' di Schmitt e delle sue applicazioni alla teoria del reato prospettata anche in altri scritti, teoria assecondata e sviluppata da Dahm e Schaffstein, fondamentali SCHWINGE - ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 17 ss. Altre critiche furono mosse, tra i penalisti, da MEZGER, in *Der Gerichtssaal*, Bd.108, 1934, p. 64 e NAGLER, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, ivi, 1938, p. 46 ss. e tra i teorici del diritto da HECK, *Rechts-erneuerung und juristische Methodenlehre*, 1936, p. 26 ss., con accenti critici all'indirizzo anche dei seguaci di Schmitt della 'Kieler Richtung' (p. 34 ss.).

cretezza di un concetto. Una nozione concreta è un controsenso perché la fissazione di un concetto è sempre il risultato di una astrazione nella quale le note della realtà perdono le loro caratteristiche individuali. Il processo di astrazione e di generalizzazione non è espressione di una gnoseologia liberale, ma è il pensiero stesso in quanto segna le sue tappe sulla via del conoscere » (49).

2.2.3. La *critica* di Gallas al bene giuridico come perno della struttura del reato si imponeva già, a suo dire, sul terreno dell'*interpretazione* del diritto vigente, come avrebbe dovuto mostrare il caso della falsa testimonianza, alla luce di un qualcos'altro. Improvvisamente si fa strada infatti un altro criterio alternativo al bene giuridico. Scrive Gallas: « la cosiddetta teoria oggettiva della falsa testimonianza *nega* una falsa testimonianza consumata per il *testimone, che nella convinzione di affermare qualcosa di falso, ha detto il vero*; un punto di vista, che appare conseguente, se si muove dal bene giuridico leso — la sicurezza dell'amministrazione della giustizia —; il che *non rende giustizia al contenuto etico* della fattispecie della falsa testimonianza » (50).

L'*anticritica* di Bettiol si sviluppa su un duplice versante della teoria dell'interpretazione. In primo luogo, l'interpretazione conforme allo stampo liberale del diritto penale italiano non lascia spazio alle *visioni eticizzanti* di Gallas, non condivise nella stessa Germania: « per quanto riguarda la testimonianza obiettivamente vera ma soggettivamente falsa non si può — sulla piattaforma del nostro diritto positivo — parlare di una possibile punibilità perché il *reato putativo non è un reato* » (51). In secondo luogo, salendo in cattedra, Bettiol ricorda le *due* coordinate dell'interpretazione delle norme incriminatrici di parte speciale, che sono — come insegniamo ancor oggi (52) — « *l'espressione letterale* della fattispecie legale » come « *limite esterno* posto dal legislatore all'opera dell'in-

(49) BETTIOL, *op. loc. ult. cit.*

(50) GALLAS, *op. cit.*, p. 52. Si noti che l'interpretazione prospettata da Gallas del reato di falsa testimonianza contrastava con l'interpretazione unanime sia della giurisprudenza che della dottrina, con la sola eccezione di Binding: cfr. KOHRLAUSCH, *Strafgesetzbuch*, 36^a ed., 1941, p. 342.

(51) BETTIOL, *op. cit.*, p. 324.

(52) Cfr. MARINUCCI - DOLCINI, *op. cit.*, pp. 435, 453, 539.

terprete; *entro questi limiti* è il *bene giuridico* tutelato dalla norma che esprime il *criterio decisivo di scelta* (...), perché può essere elevato a criterio decisivo solo il fondamento e lo scopo della norma giuridica » (53).

VI.

1. Gallas vagheggia anche *l'irruzione dell'irrazionalità* nella visione del diritto penale: « nell'ambito delle valutazioni penalistiche è innegabile la tendenza al *rafforzamento della componente etico-irrazionale* » (54). L'irrazionalità trionferà negli anni '30 e diventerà uno dei cavalli di battaglia della scuola di Kiel. La conoscenza intuitiva e alogica aveva, in effetti, solide matrici nel pensiero filosofico e metodologico dominante in quegli anni: soprattutto la fenomenologia husserliana — la 'visione delle essenze' — e la metodologia di Carl Schmitt — avversa ai concetti generali e patrocinatrice di una « *considerazione unitaria* delle essenze », attraverso una « *Rechtswesensschau* ». I frutti penalistici di queste vedute li hanno descritti, con inesorabile acribia, Schwinge e Zimmerl, rincorrendo i tanti passi degli scritti di Dahm e Schaffstein. Fra i tanti: « Ladro è solo chi è ladro secondo la sua essenza; se l'omissione comporta o meno la piena responsabilità, ancora una volta lo decide l'essenza e la sostanza del singolo reo. Chi è rimasto inattivo, può essere considerato assassino o incendiario, se appare assassino o incendiario secondo la sua essenza » (55).

2. Anche contro questa ventata irrazionale Bettiol levò insistentemente la sua voce magistrale. Ne sottolineò innanzitutto, nel 1938, il profilo *politico*: « Si dice che il metodo della considerazione

(53) BETTIOL, *op. cit.*, pp. 324-325. Bettiol rinvia all'insegnamento di SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930, p. 48, che fonda il primo limite sul noto insegnamento di Heck: « Il limite delle ipotesi interpretative è il 'possibile significato delle parole' ». Sull'importanza di questo primo limite fondamentale KREY, *Studien zum Gesetzvorbehalt im Strafrecht*, 1977.

(54) GALLAS, *op. cit.*, p. 65.

(55) SCHWINGE - ZIMMERL, *op. cit.*, pp. 8 ss., 30 ss.

unitaria deve essere preferito in questo momento storico al metodo della considerazione analitica, perché l'applicazione di quest'ultimo ha portato a quell'esasperante formalismo giuridico che ha caratterizzato *l'epoca liberale*». Ma « il *liberalismo* — è la replica del Nostro — tende invero alla attuazione possibilmente completa dei dogmi *della certezza e della sicurezza giuridica*, dogmi i quali postulano la chiara formulazione della norma e la convinzione che tutti i rapporti della stessa specie troveranno sempre la medesima disciplina senza che le loro individualità particolari possano determinare una regolamentazione diversa, sì da scuotere nell'animo dei consociati la fiducia nel diritto »⁽⁵⁶⁾.

3. Nel 1939 Bettiol respinge apertamente anche l'insieme delle premesse filosofiche e metodologiche del montante irrazionalismo: « secondo le nuove correnti metodologiche (...) gli elementi del reato non possono essere logicamente intesi e distinti tra loro, perché il reato è anzitutto una realtà della vita sociale che si presenta come un complesso unitario non scindibile in singoli elementi. Ciò che conta nell'indagine giuridico-penale non è — per i sostenitori del metodo unitario — l'analisi del reato nei suoi particolari elementi, ma *il procedimento a sfondo irrazionale che coglie l'essenza di ogni singolo reato*, senza soverchie preoccupazioni di carattere logico descrittivo, le quali non rispondono alle necessità delle scienze normative e sono per di più frutto di tendenze liberali. Queste più recenti dottrine » — continua Bettiol — « considerano *la fattispecie* quale un prodotto della regola *nullum crimen sine lege* e del pensiero *razionalista* che ha animato la teoria del bene giuridico. Per ciò essa *deve scomparire completamente* » (...). Ma un tale metodo — ecco la ribellione del maestro, che continua a immunizzare i penalisti italiani dal pericolo di contagio — deve portare a una *fase di involuzione del diritto penale e alla conseguente impossibilità di ogni progresso scientifico*, il quale è basato sul presupposto della chiarezza e della astrazione (...), perché l'astrazione

⁽⁵⁶⁾ BETTIOL, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., pp. 393-394.

è indispensabile al ragionamento, il quale si snoda in una serie di giudizi basati a loro volta sui concetti » (57).

4. Quale sia l'approdo devastante sul terreno penale di questa 'distruzione della ragione', Bettiol se lo chiede in forma interrogativa: « Se il metodo della considerazione unitaria prescinde da ogni inquadramento logico dei vari elementi di un reato, che intende esso sostituire ai canoni dell'ermeneutica tradizionale? ». La risposta rischiarerà ancor più la mente dei lettori italiani: « Si può sinteticamente dire che *al posto dei vari tipi di reato* il metodo unitario cerca di sostituire altrettanti *tipi di autore*, nel senso che non si dovrebbe dare importanza quando si studiano le fattispecie ai loro elementi in quanto tali, ma in quanto rivelatori di una determinata personalità dell'autore che il giurista dovrebbe ricostruire (o meglio *intuire*) con le sue particolari caratteristiche (...), tipi a sfondo normativo per poter determinare, ad esempio, *a colpo sicuro*, quando ci troviamo di fronte a *un ladro* o a *un truffatore* (...). I primi tentativi di questo genere risalgono a Wolf (58) (...), sino a giungere alle recenti affermazioni di Dahm, il quale *nega* la possibilità di uno studio *logico* del reato, perché concetti come furto, rapina, lesione dell'onore alto tradimento, tentativo, colpa, non sono prodotti artificiali del legislatore, ma realtà venute storicamente alla luce e viventi nella coscienza del popolo. E siccome in questa coscienza popolare non si distingue tra il furto da un lato e il ladro dall'altro (...), perché si tiene presente soprattutto la figura e la personalità del ladro, anche *lo scienziato* — fedele interprete della coscienza popolare — *deve accentuare nelle sue costruzioni tale personalità sino a far scomparire nell'ambito della stessa il fatto delittuoso* » (59). E sarà proprio Dahm che darà in seguito forma compiuta a questo radicale mutamento di oggetto del diritto penale — 'Il tipo di autore' in luogo dei 'tipi di reato' — nella cennata monografia *Der Tätertyp im Strafrecht* (60), che — si ricorderà — Bettiol recensì con una chiusa tagliente: « *noi siamo legati alla no-*

(57) BETTIOL, *Sul reato proprio*, 1939, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 402 s.

(58) WOLF, *Vom Wesen des Täters*, 1932, pp. 15 e 37.

(59) BETTIOL, *op. ult. cit.*, pp. 404-405.

(60) DAHM (nota 6).

stra tradizione giuridica e vogliamo che il principio di legalità e il dogma della sicurezza giuridica non vengano scossi da una teoria molto pericolosa » (61).

5. Non pago di combattere questa 'svolta verso l'irrazionalismo' Bettiol, nel 1940 ne sottolinea nuovamente le radici culturali più evidenti — la fenomenologia di Husserl — che sostanzia la conoscenza « in una intuizione delle essenze libera da ogni legame con i canoni della logica (...). Un sistema *a sfondo emotivo* », che ha avuto successo per « il bando dato al procedimento razionale nei più diversi settori del sapere: filosofia, medicina, teologia, sociologia e scienze giuridiche », come ha ampiamente dimostrato Schwinge (62). La cifra di questo dilagante orientamento è una conoscenza

(61) BETTIOL (nota 37).

(62) SCHWINGE, *Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft*, 1938, p. 1 ss. Il quadro tracciato nei dettagli da Schwinge abbraccia inizialmente la sarcastica notissima ripulsa dell'irrazionalismo husserliano da parte di Maw Weber (« Chi desidera 'vedere', vada al cinematografo »), per abbracciare via via i fautori dell'irrazionalismo tra gli esponenti della 'filosofia della vita' (Bergson, Nietzsche, Dilthey, Simmel e Klages), lo Spengler del *Tramonto dell'occidente* (« Intuition gegen Analyse »), i giuristi delle più diverse scuole e discipline (Gèny, Kohler, Bendix, Isay, e, soprattutto, i penalisti della scuola di Kiel, Dahm e Schaffstein, debitori a Husserl e Carl Schmitt di gran parte delle loro asserzioni (p. 16 ss.)). Come sa il lettore, questo quadro delle matrici dell'irrazionalismo filosofico e politologico a cavallo tra l'800 e il '900 disegnato da Schwinge nel 1938 non diverge da quello tracciato nel primo dopoguerra — con le risapute esagerazioni — da György Lukács nella sua *Distruzione della ragione*. Schwinge segnala anche un prezioso lavoro di un penalista ungherese ordinario nell'Università di Pécs, Albert IRK, *Die rationalen und irrationalen Elemente des Strafrechts*, 1937. Il libro, apparso quando Lukács viveva da tempo a Mosca, registra evidentemente gli umori diffusi nell'Europa penalistica non ancora contagiata o alleata politicamente alla Germania nazista. Irk bolla infatti così gli orientamenti della scuola di Kiel: « Questo indirizzo significa nella sua ideologia un regresso verso un grado primitivo della scienza penalistica (...) che lavora, per scopi politici, a favore del soggettivismo al posto della considerazione oggettiva » del reato, e per un diritto penale d'autore al posto del diritto penale del fatto; ciò che ha permesso a Dahm — aggiunge Irk — di sostenere che « il membro della Hitler-Jugend che sottrae la bandiera di una organizzazione cattolica e la brucia non può essere condannato come autore di un furto: qui non vi è alcun furto, dice Dahm, perché ladro non è chi sottrae una cosa mobile, bensì chi è ladro nella sua essenza. Ovvero, nuovamente, Schaffstein può così affermare

i cui « fattori decisivi sono il sentimento, l'intuizione, l'intima propensione per l'oggetto, la simpatia intellettuale »⁽⁶³⁾: il che fa a pugni con quel che « reclama il tedesco » — come sottolinea con coraggio Schwinge, approvato da Bettiol — e con quel che reclama ovviamente anche l'italiano di sempre: « *chiarezza, certezza e logica determinazione nella sfera dei concetti giuridici (...)*; netti confini e criteri di portata generale, che delimitino *nella legge* quel che è lecito e quel che è illecito, e non lo abbandonino all'arbitrio del giudice »⁽⁶⁴⁾: « valori — soggiunge Bettiol — che spariscono con la rinuncia all'analisi concettuale e con l'eliminazione di ogni sistema a sfondo logico-razionale »⁽⁶⁵⁾.

6. Di questa irruzione dell'irrazionalità nel diritto penale Bettiol aveva già parlato a lungo, ma non poteva non parlarne anche nel citato lavoro riassuntivo del 1940. L'interlocutore non era il pensiero giuridico germanico, ma il suo riflesso nella scienza penalistica italiana. Bettiol doveva infatti confrontarsi e dialogare criticamente con un maestro, Francesco Antolisei, sostenitore dell'idea che « il diritto è per sua natura *alogico* », « esistendo nel diritto una grande quantità di elementi irrazionali »⁽⁶⁶⁾. « Un sistema perfettamente logico — replicò Bettiol — non è mai esistito, ma a noi non pare che il diritto sia per sua natura alogico. Quest'affermazione non ha incontrato in Italia molto favore dove si crede ancora nell'intima logicità del diritto e alla *necessità che un procedimento razionale debba guidare l'opera del legislatore e dell'interprete* »⁽⁶⁷⁾.

VII.

1. Negli anni successivi, precedenti alla fine della guerra, Bet-

che va incontro alla pena di morte per omicidio solo chi appare assassino per la violazione dei suoi doveri » (pp. 12-13).

⁽⁶³⁾ BETTIOL, *Sistema e valori del diritto penale*, in *Jus*, 1940, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 494.

⁽⁶⁴⁾ SCHWINGE, *op. cit.*, p. 68.

⁽⁶⁵⁾ BETTIOL, *op. ult. cit.*, p. 496.

⁽⁶⁶⁾ ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.* 1937, p. 121 s.

⁽⁶⁷⁾ BETTIOL, (nota 23), p. 594.

tiol continuò la sua lotta a difesa del diritto penale liberale e della certezza del diritto. Primeggia il suo lavoro del 1942 su *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi di autore* ⁽⁶⁸⁾.

L'esordio è pacato: « ancora non si è chiuso il processo di revisione della dogmatica penalistica »; ma ben presto l'analisi si accende con toni preoccupanti. « Gli istituti tradizionali si trasformano a contatto con la realtà politico-sociale del nostro periodo storico »: è, in Germania, « la *legislazione di guerra* dalla quale si vorrebbero desumere regole e principi generali circa il reato e il suo autore, la pena e i suoi compiti, che dovrebbero rappresentare un *saggio del diritto penale del futuro* (...): al posto di una analitica e particolareggiata descrizione del fatto o dell'azione, si accentuano le caratteristiche dell'autore del reato, lasciando trasparire il pensiero che il *legislatore* voglia *colpire, più che l'azione, l'agente* in quanto corrisponde a un '*tipo*'. Sotto tale aspetto — continua con sollievo Bettiol — la *nostra* legislazione penale di guerra (...) descrive i nuovi reati ancora *oggettivamente* orientati e presentati in *fattispecie dettagliate*, per cui non è possibile desumere tendenze e orientamenti nuovi ». Ma i nuovi orientamenti tedeschi hanno, si sa, una storia antica già evocata da Bettiol ⁽⁶⁹⁾: andava punito l'agente, non l'azione — aveva scritto Erik Wolf nel 1931 e nel 1932 — « quale membro personale della comunità con coscienza giuridica decaduta »; « l'azione era solo una manifestazione di un personalissimo cedimento di coscienza, una crisi di coscienza civica: *al posto di un catalogo di tipi di reato* andavano collocati delle *forme tipizzate di personali cadute di coscienza* » ⁽⁷⁰⁾. La proposta di Wolf, ripresa e raffinata da Dahm, si inverò appieno nella legislazione di guerra, che parlava e puniva tipi d'autore (il delinquente 'dannoso' al popolo, il delinquente 'violento', ecc.): una legislazione — scriverà Welzel nel 1944 — dove il diritto penale ha smarrito ogni riferimento a qualsivoglia fattispecie, ed è diventato puro diritto della

⁽⁶⁸⁾ BETTIOL, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi d'autore*, in *Riv. it. dir. pen.* 1942, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 535 ss.

⁽⁶⁹⁾ BETTIOL, *op. ult. cit.*, p. 551.

⁽⁷⁰⁾ WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, 1931; ID., *Vom Wesen des Täters*, 1932, pp. 15 e 17.

prevenzione ⁽⁷¹⁾. Ma — insiste Bettiol — ben prima della legislazione di guerra la teoria dei tipi normativi di autore aveva fatto il suo ingresso nel pensiero penalistico tedesco come sbocco delle due principali strade battute dalla dottrina. Cito testualmente: « il processo di *personalizzazione* ed *eticizzazione* del diritto penale, tutt'ora in atto; quelle tendenze che hanno voluto accentuare il significato etico della violazione del dovere, l'importanza dei motivi; quelle correnti che hanno posto in luce tutti gli elementi e gli aspetti soggettivi dell'operare »; di qui « una tipologia di autori in contrapposizione ad una di azioni (...) »: quel che andava punito non era più l'uomo in quanto *agisce*, ma in quanto *è*; non chi commette un furto, un omicidio, un incendio, ma chi — per sua natura — è ladro, truffatore, omicida, incendiario. Ma su quali basi era possibile costruire questa tipologia normativa di autori, al posto della tradizionale tipologia di fatti? La risposta al quesito l'aveva già data, in Italia, il grande collega di Bettiol, Pietro Nuvolone, commentando una sentenza del *Reichsgericht*: « I *concetti* sono ancora per lo più *talmente nebulosi* che è molto difficile vedere come essi possano essere sfruttati per la pratica amministrazione della giustizia. Comunque non è presumibile che acquistino cittadinanza anche fra di noi, data la loro natura esclusivamente legata ai presupposti della vita germanica » ⁽⁷²⁾. Il ripudio di Bettiol è più tranciante; è ripudio di principio, sempre a difesa dei principi del diritto penale liberale: « ogni criterio di sicurezza e certezza giuridica viene ad essere sacrificato » ⁽⁷³⁾.

2. Il risvolto necessario di questa pericolosa e nebulosa costruzione di un diritto penale dei tipi d'autore era la non meno pericolosa e nebulosa teoria della *colpevolezza di autore*, incarnata dalla *colpevolezza per la condotta di vita* ⁽⁷⁴⁾. Nel diritto penale libe-

⁽⁷¹⁾ WELZEL, *Über den substantiellen Begriff des Stagesetz*, in *Festschrift für Kohlrausch*, 1944, ora in *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 224 ss.

⁽⁷²⁾ NUVOLONE, *A proposito di una sentenza del Reichsgericht sul Tätertip* in *Riv. it. dir. pen.* 1941, p. 47 ss., citato da BETTIOL, *op. ult. cit.*, p. 554 nota 54.

⁽⁷³⁾ BETTIOL, *op. ult. cit.*, p. 554.

⁽⁷⁴⁾ Questa formula risale al più tardi a MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, cit., p.

rale, sottolineava Bettiol ⁽⁷⁵⁾, « *la colpa è colpa per la singola azione*. Vale a riguardo — continuava — la regola generale già formulata da Binding ⁽⁷⁶⁾, quando categoricamente dimostrava che la colpa è sempre e solo colpa del singolo per l'azione singola: 'un singolo avvenimento della vita, un'azione istantanea — forse del tutto eccezionale nel tenore di vita tenuto sinora dall'agente — lo ha reso colpevole, e solo per questa lo ha reso penalmente responsabile, non per il suo carattere, non per il suo permanente temperamento, non per la sua condotta antecedente o susseguente all'azione' (...). *Solo quando lo Stato si è disfatto di premesse liberali* (...) si è fatto ricorso a un principio diverso da quello secondo il quale il *significato*, il *se*, il *come* della pena dipendono dalla colpa che guarda unicamente al fatto, potendosi invece far dipendere la pena da caratteristiche personali, da un *particolare modo di essere dell'agente* (...). Si parla di una *Täterschuld* che porta a una *Täterstrafe* » e negli sviluppi più recenti, *sostituita l'azione e il fatto con l'autore*, doveva *scomparire* la colpevolezza per il singolo fatto (*Einzeltatschuld*), per far posto alla colpevolezza per la condotta di vita (*Lebensführungschuld*). L'assunto di origine *moralista* ⁽⁷⁷⁾ — osservò Bettiol — è

688 s. Nell'odierna letteratura tedesca, che non ha preso completamente le distanze da questa visione, cfr., per tutti, JESCHECK-WIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., 5° Aufl., 1996, p. 423 s.; ROXIN, *Strafrecht*, A.T., I, 3° Aufl., 1997, p. 135 s. Nella letteratura italiana contemporanea fondamentale l'analisi e la critica di DOLCINI, *La commisurazione della pena*, 1979, p. 286.

⁽⁷⁵⁾ BETTIOL, *op. ult. cit.*, p. 555.

⁽⁷⁶⁾ BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, Bd. II, Hälfte I, 1914, p. 283.

⁽⁷⁷⁾ ENGISCH, *Zur Idee der Täterschuld*, in *ZStW* Bd.61, 1942, p. 172 ss. citava a giusto titolo la letteratura filosofica padrina dell'irrazionalismo, a cominciare da Schopenhauer, lodato dal Thomas Mann conservatore delle *Betrachtungen eines Unpolitischen*, 1918, trad. it., 1967 p. 112: « L'uomo che ha commesso un'azione punibile avrebbe certo *agito* in quel determinato modo per necessità, come carattere empirico, sotto l'influsso di precisi motivi; però avrebbe potuto *essere* diverso (...). Questo è il pensiero più profondo che io abbia mai meditato; o piuttosto è uno di quei pensieri su cui avevo meditato prima che altri lo avesse pensato in quel preciso modo, prima che lo avessi letto ». La svolta del 1922 di Thomas Mann, a difesa della Repubblica di Weimar, e la progressiva presa di coscienza del terribile futuro che covava nella Germania preda dell'irrazionalismo, si incarnò in prese di posizione come quella di una celebre lettera del 1934 allo storico delle religioni Carl Kerényi: « Serpeggia una specie di rancore contro l'evoluzione del cervello umano (...). Ma alla moda 'irrazionale' si accom-

che ciascun comportamento dell'uomo non può essere avulso da quelli realizzati in passato e dal complesso della personalità dell'agente. Ma era mai possibile discernere quanto della personalità del soggetto debba farsi risalire a fattori ambientali o costituzionali, e quanto viceversa poteva essere imputato a sue libere scelte di vita? La risposta di Bettiol fu « che non tutta la vita del reo è una serie di atti cattivi, perché accanto a questi ci stanno anche gli atti buoni », e la distinzione degli uni dagli altri è impossibile per il giudice, chiamato a stabilire in quale misura il reo avrebbe potuto agire diversamente nel corso di tutta la propria vita, e quanto diversamente potesse forgiare la propria personalità ⁽⁷⁸⁾.

Con questa ulteriore teoria, la dottrina tedesca — alfiere Meizer e Bockelmann — aveva aperto la strada a nuove fonti pericolose di incertezza del diritto: un altro attacco ai beni primordiali di ogni società civile, e comunque della società e della tradizione italiana, che Bettiol avversò e respinse, ancora una volta apertamente, *a difesa dei principi del diritto penale liberale*.

VIII.

Lo spazio ci ha precluso di trasformare lo schizzo in un più ampio e dettagliato affresco. Resta spazio per un ultimo schizzo: verrà il dopoguerra, la riconquista della libertà nel nostro Paese fondata sulla Resistenza al nazifascismo e solidificata nella Costituzione del 1948, alla cui elaborazione, nella parte relativa ai principi penalistici, Bettiol contribuì con il suo alto e reputato sapere. E nei suoi scritti dei primi anni, sottolineò le principali conquiste consacrate nell'art. 27.

1. « Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al

pagna spesso la smania di sacrificare, di buttare maliziosamente a mare conquiste e principi che non solo rendono europeo l'Europeo, ma persino uomo l'uomo »: *Romandichtung und Mythologie*, 1945, trad. it. 1973, p. 26.

⁽⁷⁸⁾ BETTIOL, *op. ult. cit.*, p. 563. Ribadirà queste critiche anche in un successivo lavoro: BETTIOL, *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, 1943, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 607.

senso di umanità»: all'approfondimento di questa prima conquista — *l'umanizzazione del diritto penale* —, Bettiol dedicò subito un mirabile saggio, nel quale spicca tra l'altro la sottolineatura che « caratteristica di un diritto penale che voglia essere 'umano' è quella delle pene 'umane': intendendosi come tali quelle che non ripugnano alla natura dell'uomo (...) il che importa il bando delle pene infamanti e delle pene corporali » ma altresì — e il tema è di squallida attualità — « la *castrazione* nei confronti dei responsabili di delitti sessuali: *solo nel periodo oscuro dell'egemonia nazista era riapparsa* » (79).

2. Seconda conquista, la quasi totale abolizione della *pena di morte*. « La Costituzione — scrisse pochi anni dopo il retribuzionista Bettiol memore del suo ruolo di costituente — ha espresso un sentimento che è condiviso dalla stragrande maggioranza dei cittadini, e cioè che il cerchio del sangue abbia a considerarsi spezzato. L'idea retributiva non postula necessariamente la previsione e l'applicazione della morte come castigo. Altre forme meno gravi di sofferenza possono oggi ritenersi adeguate e sufficienti a ristabilire un equilibrio morale ne giuridico rotto dall'azione delittuosa. *La pena di morte appartiene al passato!* » (80).

3. « *Appartiene al passato anche la pena dell'ergastolo?* ». A questa domanda finale Bettiol rispose maneggiando il testo della Costituzione, che sancisce il principio innovativo: « *le pene devono tendere alla rieducazione del condannato* ». Ma se questa è la finalità tendenziale delle pene, la conclusione da trarre — scrive Bettiol — è una sola: « *l'ergastolo deve scomparire*, perché rende inutile la realizzazione del fine stesso in quanto la rieducazione è una nozione che implica un rapporto sociale ed è quindi in funzione di una ripresa o di un rientro del condannato nella vita di relazione » (81).

(79) BETTIOL, *Sull'umanizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.* 1949, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 746 s.

(80) BETTIOL, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, in *Riv. it. dir. pen.* 1956, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 890.

(81) BETTIOL, *op. ult. cit.*, pp. 890-891.

PAOLO CARTA

PENSIERO GIURIDICO E RIFLESSIONE POLITICA
IN ANTONIO PIGLIARU: DALLA LEZIONE DI
CAPOGRASSI ALL'EREDITÀ DI GRAMSCI

L'intensa esperienza di Antonio Pigliaru (Orune, 17 agosto 1922 - Sassari, 27 marzo 1969), professore di Dottrina dello Stato a Sassari e intellettuale tra i più fecondi nella Sardegna del secondo dopoguerra, occupa un posto particolarissimo nel panorama della scienza giuridica italiana, innanzitutto per il contributo offerto allo studio del pluralismo. La sua riflessione sulla molteplicità degli ordinamenti, in relazione alle concrete esperienze di vita delle realtà consuetudinarie, maturò dapprima nel contesto degli studi scientifici, ma conobbe, in seguito, uno sviluppo ulteriore di carattere politico, che coinvolse integralmente il suo insegnamento accademico. Nella sua pur breve vita, Pigliaru ha lasciato numerose opere, che testimoniano l'ampio spettro di interessi, cui dedicò, senza riposo, la sua attività scientifica e il suo impegno politico e civile. Tra gli studi di filosofia del diritto si ricordano *Persona umana e ordinamento giuridico* (1953) e soprattutto *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico* (1959), che resta uno dei momenti apicali della riflessione giuridica italiana intorno alla relazione tra legge e consuetudine. Accanto a queste opere stanno anche altri lavori come le *Meditazioni sul regime penitenziario italiano* (1959), *La piazza e lo Stato* (1961), *Struttura, soprastruttura e lotta per il diritto* (1965), *Promemoria sull'obiezione di coscienza* (1968), *L'eredità di Gramsci e la cultura sarda* (1969).

Testimone e partecipe delle vicende storiche di un'isola, caratterizzate da bruschi arresti e repentine accelerazioni, Pigliaru dedicò ad esse, per un cospicuo periodo di tempo, l'intero suo impegno intellettuale, dando vita alla rivista « Ichnusa », pubblicata a

Sassari tra il 1949 e il 1964, in cui riversò le sue riflessioni intorno ai problemi dell'autonomia regionale e della democrazia, intesa come « governo di tutti gli uomini insieme, ciascuno congiuntamente agli altri » (1).

La sua statura internazionale si deve in ogni caso a *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, opera suggerita dalla riflessione filosofica di Giuseppe Capograssi e alla cui memoria fu espressamente dedicata (2). L'opera costituì l'occasione di indagare, in modo personalissimo, sulla pluralità degli ordinamenti nella loro relazione storica e istituzionale con lo Stato (3). Pigliaru considerò le elaborazioni dottrinali di Santi Romano e di Giuseppe Capograssi, col proposito di indagare le realtà e le consuetudini della comunità pastorale dell'entroterra sardo (4), giungendo a conclusioni

(1) A. PIGLIARU, *Le parole e le cose. Alfabeto della democrazia spiegato alla radio*, prefazione di G. Melis e postfazione di G. Francioni, Sassari, Iniziative culturali, 2005, p. 57.

(2) Dopo l'edizione del 1959, uscì per i tipi di Giuffrè una edizione accresciuta A. PIGLIARU, *Il banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1993. Ora si vedano l'edizione ID., *Il banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Nuoro, Il Maestrale, 2000 (con ulteriori aggiunte e brani inediti), dalla quale cito, e la recente edizione ridotta ID., *Il codice della vendetta barbaricina*, Nuoro, Il Maestrale, 2006 [nel presente contributo si fa riferimento all'edizione del 2000]. Su Antonio Pigliaru si veda in particolare M. PULIGA, *Antonio Pigliaru. Cosa vuol dire essere uomini*, Sassari-Pisa, Iniziative culturali-ETS, 1996.

(3) Una nuova edizione comprendente la prima redazione dell'opera, arricchita da scritti inediti e testimonianze provenienti dall'« Archivio Antonio Pigliaru » sarà pubblicata a cura di chi scrive nella Biblioteca del Centro Studi per lo storia del pensiero giuridico moderno.

(4) I suoi riferimenti più consueti sono naturalmente le opere classiche di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, Mariotti, 1917 (Firenze, Sansoni, 1945²); ID., *Diritto Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1945; ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947 (si veda ora anche ID., *Gli scritti del trattato Orlando*, Milano, Giuffrè, 2003); G. CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, « Studi Sassaesi », XIV (1936), pp. 77-90; quindi con modifiche in « Rivista Internazionale di Filosofia del diritto », 1939, I-II, pp. 9-44, poi in ID., *Opere*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 181-221; e gli studi di A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, Cedam, 1967 (1934-35; 1937-1938²; 1950³).

particolarmente efficaci, tali da suscitare ancora oggi un ampio dibattito internazionale ⁽⁵⁾.

Recensendo la riedizione postuma dell'opera, nel 1971, Vittorio Frosini, che fu legato a Pigliaru da uno personale vincolo di amicizia, sottolineò l'importanza non solo giusfilosofica, ma anche politica, di un lavoro animato dal proposito di considerare il fatto della vendetta, « a prima vista così manifestamente anti-giuridico, illecito, mosso da ragioni strettamente private », come « vero e proprio codice vigente non scritto, [...] con salde radici nel costume sociale » ⁽⁶⁾. Il nesso diritto-politica, individuato da Frosini, era stato accolto anche da Alex Weingrod, il quale, scrivendo del volume per l'« *American Anthropologist* », ricordava che Pigliaru non era un antropologo, ma un giurista. Gli importanti risultati raggiunti dall'opera nell'ambito delle scienze sociali, non dovevano pertanto offuscare la prospettiva giuridico-istituzionale dell'opera: « Since, as Pigliaru shows, the state's laws have never fully permeated this interior region, the code of the vendetta provides a legal-like framework for regulating certain relationships. Thus the traditional antagonisms between the state and its agents on the one hand, and

⁽⁵⁾ Si veda M. MASIA, *A proposito della nota di Treves su Antonio Pigliaru e la ricerca empirica: spunti per una riflessione*, in *Diritto, cultura e società*, Atti del Convegno in memoria di Renato Treves (Milano, 13, 14 e 15 ottobre 1994), a c. di V. Ferrari, M.L. Ghezzi e N. Gridelli Velicogna, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 347-367 e le note sul processo in Pigliaru e Satta di V. FERRARI, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2004. La bibliografia internazionale sull'opera di Pigliaru è amplissima e ancora da ricostruire, tra le opere più recenti in cui si discute del suo lavoro intorno alla vendetta si vedano *The Subculture of Violence: Towards an Integrated Theory in Criminology*, ed. by M.E. Wolfgang and F. Ferracuti, London, Tavistock, 1967 (rist. New York, Routledge, 2001), in particolare p. 279; J.L. RUFFINI, *Disputing Over Livestock Sardinia*, in *Law and Anthropology: A Reader (Blackwell Anthologies in Social and Cultural Anthropology)*, ed. by S. Falk Moore, Oxford, Blackwell, 2005, pp. 135-153; *Risky Transactions: Trust, Kinship and Ethnicity*, ed. by F.K. Salter, New York-Oxford, Bergham Books, 2002, *ad indicem*; *What Is Justice? Classic and Contemporary Readings*, ed. by Robert C. Solomon, Mark C. Murphy, Oxford-New York, Oxford University Press, 1999, pp. 209-212 e più in generale P. MARONGIU - G. NEWMAN, *Vengeance: The Fight Against Injustice*, Rowman & Littlefield, Lanham, 1987; A. BLOK, *Honor and Violence*, Cambridge, Polity Press, 2001.

⁽⁶⁾ V. FROSINI, *Un codice per la vendetta*, « Corriere della sera », 17 gennaio 1971, p. 13.

the villagers on the other, does not lead to anarchy, but instead the local code, the code of vendetta, provides a set of rules and expectations that constrains behavior » (7). In questa chiave la interpretò anche Eric J. Hobsbawm, che ad essa fece ricorso nei suoi studi sui *Banditi* (1969) e sui *Rivoluzionari* (1972) (8).

Della comunità barbaricina, nella quale era nato, Pigliaru tentò di individuare le consuetudini e le regole, le sue leggi fondamentali, che non potendo essere disattese, se non a patto di sovvertire l'intero ordine giuridico, in circostanze particolari erano destinate a entrare in conflitto con l'ordinamento statale. Nello specifico il sistema penale, mediante il quale l'ordinamento particolare tutelava se stesso e perpetuava la propria vita, prevedendo il dovere « giuridico » della vendetta come riparazione « necessaria » all'offesa subita, riusciva determinante per la comprensione di quel che Salvatore Satta aveva già chiamato « il mistero del processo » (9). Era infatti nel momento processuale, che la consuetudine e la legge formalizzavano il loro « incontro »; e solo in quel contesto la consuetudine conosceva la legge (10). Nel riconoscimento della legittimità del processo, la comunità determinava con maggiore incisività la differenza tra il proprio ordinamento e la cosiddetta società dei ladroni (11). Non si trattava dunque di comprendere l'ordinamento di una società criminale, che pure possiede e obbedisce a proprie re-

(7) A. WEINGROD, recensione di A. PIGLIARU, *Il banditismo in Sardegna: la vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1970, « *American Anthropologist* », New Series, vol. 74, n. 4 (august, 1972), pp. 848-849: 848.

(8) E.J. HOBSBAWM, *I banditi*, Torino, Einaudi, 1971; ID., *I rivoluzionari*, Torino, Einaudi, 1975.

(9) A. PIGLIARU, *Il banditismo in Sardegna*, cit., p. 205: « [...] Che nel processo ci sia un'esigenza di giustizia, questo fatto non sfiora neppure la mente del pastore barbaricino. Il pastore barbaricino vede il processo solo in termini di forza, che per contare deve farsi valere in certe forme, con una determinata liturgia, di cui pare sì, intuire il mistero — *quel profondo mistero del processo di cui così acutamente ha discusso la scienza giuridica italiana, specie forse in questi ultimi tempi* — ma come fosse al postumo un mistero che non lo riguarda » [il corsivo è mio].

(10) Ivi, pp. 203-204.

(11) Rievocando il suo primo incontro con Pigliaru, avvenuto grazie alla pubblicazione del *La vendetta barbaricina*, Norberto Bobbio ha affermato: « L'importanza del libro, che è sostanzialmente, come tutta l'opera di Pigliaru, un testo di teoria giuridica, è la straordinaria aderenza a processi storici e sociali carichi di pressanti domande per

gole; in quel caso l'ordinamento cessa infatti di essere un ordine umano che ha in se stesso il suo fine e che è fine a se stesso, divenendo piuttosto strumento integralmente destinato al perseguimento di fini criminali ⁽¹²⁾. La comunità della quale intendeva occuparsi era « semplicemente una comunità di vita, una comunità storica, nel senso che il suo sistema di vita (il suo costume, la sua cultura, o, se si vuole, la sua non-cultura) » erano « il suo stesso processo storico, la sua stessa vita » ⁽¹³⁾. Questo costume e questa vita rivelavano l'essenza della comunità, arretrata, come anche ammetteva Gramsci nei suoi *Quaderni del carcere*, poiché sperimentava sulla propria concreta esistenza gli effetti dell'« arresto dell'iniziativa umana nella storia » ⁽¹⁴⁾. Si trattava dunque di considerare una comunità che adottava la consuetudine come « costituzione », tentando di comprenderla, indipendentemente dal giudizio che su di essa, nella sola prospettiva di un ordinamento tipico, come lo Stato, fosse possibile esprimere ⁽¹⁵⁾.

La vendetta, intesa non come pratica individuale, ma come propria di tutta la comunità, costituiva però solo un momento dell'ordine giuridico, che non poteva dunque dirsi esaurito in esso ⁽¹⁶⁾:

il presente. All'insieme di norme che regolano, o che regolavano, la vita delle comunità pastorali delle zone interne della Sardegna, Pigiariu applica la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici. Al codice che trova espressione nelle regole di comportamento garantite dall'azione di controllo e di repressione svolta dallo Stato attraverso le sue varie articolazioni, si sovrappone un sistema di valori che s'identifica con il nucleo originale, fonte primaria d'identità individuale e collettiva. Dalla tensione tra questi due schemi normativi nasce ciò che dall'esterno si percepisce come puro fenomeno delinquenziale, e che invece è aspro confronto tra diverse concezioni del vincolo che lega gli uomini in società. Nella descrizione di un tale rapporto conflittuale sta la novità e l'originalità del lavoro di Antonio Pigiariu » (N. BOBBIO, *Antonio Pigiariu, esempio di coraggio e di rigore intellettuale*, « La Nuova Sardegna », 23 marzo 1989, p. 21).

⁽¹²⁾ A. PIGLIARU, *Il banditismo in Sardegna*, cit., p. 56.

⁽¹³⁾ Ivi, p. 57.

⁽¹⁴⁾ Ivi, p. 58.

⁽¹⁵⁾ Alludo in questo frangente al titolo del saggio di D. QUAGLIONI, *La consuetudine come costituzione*, in *Domini collettivi e autonomia*, Atti della V Riunione Scientifica (Trento, 11-12 novembre 1999), a c. di P. Nervi, Padova, Cedam, 2000, pp. 21-40. Sul punto cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, pp. 87-93.

⁽¹⁶⁾ A. PIGLIARU, *Il banditismo in Sardegna*, cit., p. 61.

In realtà qui abbiamo un conflitto di fatto tra due ordinamenti giuridici, uno d'origine riflessa, ed è l'ordinamento giuridico che si identifica con lo Stato, l'altro di formazione spontanea, tradizionale, caratteristico di una comunità organizzata su basi proprie e refrattaria all'ulteriore esperienza dell'ordinamento giuridico, almeno entro determinati limiti: entro i limiti, cioè, in cui l'ordinamento giuridico dello Stato appare esprimersi in istituti non funzionali rispetto alle strutture fondamentali della comunità ed alle forme di vita proprie della comunità originaria e quindi coerenti con quel sistema.

Tale atteggiamento, espresso dalla consuetudine, incideva nel profondo del codice di norme che regolavano la pratica della vendetta. Pigliaru tentava di trascrivere le regole « con massima docilità nei confronti delle cose », evitando accuratamente sia di costringere la consuetudine in un codice, sia il tranello indicato da Santi Romano circa la completezza dell'ordinamento. Riteneva, infatti, necessario liberarsi preliminarmente dalla fuorviante ed erronea opinione che considerava la completezza dell'ordinamento unicamente in relazione al suo contemplare « tutti i rapporti della vita sociale, tutte le azioni umane, o per comandarle o per vietarle o per renderle lecite » (17).

L'acquisizione di questo nucleo di idee fu però tutt'altro che pacifica. L'incontro con il circolo capogrossiano, propiziato dal più anziano Opocher e dal coetaneo Piovani, fu possibile solo alla metà degli anni '50. Rispetto al suo primo lavoro scientifico, *Persona umana e ordinamento giuridico* del '53, in cui egli, partendo da premesse tipiche dell'attualismo gentiliano, criticava le teorie del pluralismo giuridico, pur dovendo ammettere l'esistenza di un pluralismo « situazionale », con la *Vendetta barbaricina* compiva una completa rivisitazione delle proprie posizioni. Era stato proprio Opocher in una lettera del 28 agosto 1954 a sollecitare una presa di coscienza di Pigliaru su quelle premesse, che gli impedivano di compiere il salto definitivo: « Ho avuto fiducia in Lei per la serietà, l'onestà e l'evidente tormento che lei mette nelle sue cose: in tutte le sue cose. Mi pare che questo sia il suo stile di vita. E ai nostri tempi è molto, se non tutto. Ciò non significa però che Lei possa

(17) S. ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale* (1925), ora in ID., *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, I (rist. 1990), pp. 449-459: p. 450. Cfr. A. PIGLIARU, *Il banditismo in Sardegna*, cit., p. 62, nota 5.

‘camminare’ così come è. Solo i contatti umani, la discussione, [...] potranno sciogliere l’asprezza e l’angolosità del suo modo di lavorare. E poi è essenziale per Lei l’esperienza didattica. Ma potrà mai uscire dal suo mondo? Questo sarebbe anzi indispensabile per Lei. E badi, non per rinnegarlo, ma per conquistarlo più profondamente e inserirlo in una visione più armonica [...] della vita. E poi bisogna che Gentile, pur grandissimo pensatore, non leghi le sue ali »⁽¹⁸⁾.

Nella *Vendetta barbaricina*, cinque anni più tardi, sentì dunque il « dovere » di aggiungere una lunga nota per « segnalare il valore autocritico delle posizioni » espresse, rispetto a quanto sostenuto nel secondo capitolo di *Persona umana e ordinamento giuridico*⁽¹⁹⁾:

[...] nel quale per altro io stesso ho, come dire?, consumato in proprio l’esperienza di questo dover ammettere un pluralismo situazionale, per negare la validità del pluralismo non però ignorando una situazione, appunto, chiaramente contraddittoria rispetto a quel concetto di unità come unicità dell’ordinamento, sulla cui base per altro, ritenevo, allora, di dover criticare le posizioni pluralistiche per es., del Gurvitch e dello stesso Romano. C’era senza dubbio in quella logica un evidente equivoco, un fondamentale malinteso del quale in questa sede ho cercato di rendermi conto e del quale ho cercato, anche, di render conto. E proprio per questo ora mi riesce tutt’altro che faticoso ammettere quell’errore di prospettiva e, per così dire, prenderne atto esplicitamente, pur ritenendo di non dover andare oltre questo punto, bastando mi pare, al chiarimento necessario, aver richiamato l’attenzione sul fatto solo per quel tanto che ciò era opportuno e obiettivamente dovuto al fine di assolvere ad un debito di coscienza, senza tuttavia aprire un caso personale che sarebbe sicuramente fuor di luogo aprire, almeno in questa sede.

Prendere in considerazione l’ordinamento di una comunità storica come era quella barbaricina, implicava rivedere interamente i presupposti del proprio lavoro. L’occasione giunse dalla lezione di Giuseppe Capograssi, un « uomo suggestivo » e « incomprensibile a chi non gli abbia parlato », come gli scriveva Pietro Piovani⁽²⁰⁾. Da Capograssi, Pigliaru acquisì con acume critico la riflessione intorno al principio di socialità del diritto e le efficaci note sulla mol-

(18) Sassari, Archivio Antonio Pigliaru, Enrico Opocher ad Antonio Pigliaru, 28 agosto 1954. Parzialmente pubblicata in M. PULIGA, *Cosa vuol dire essere uomini*, cit., p. 79.

(19) A. PIGLIARU, *Il banditismo in Sardegna*, cit., p. 82.

(20) Sassari, Archivio Antonio Pigliaru, Pietro Piovani ad Antonio Pigliaru, 4 giugno 1951.

teplicità degli ordinamenti. In particolare fece propria l'idea per cui « posti vari ordinamenti, essi possono essere considerati da almeno tre punti di vista: *a)* dal punto di vista del singolo ordinamento: ricercare cioè quello che il singolo ordinamento vuole siano per esso gli altri ordinamenti [...]; *b)* dal punto di vista del singolo ordinamento ma non più per quello che il singolo ordinamento [...] posto come ordinamento tipico come avente valore tipico rispetto agli altri; *c)* dal punto di vista della esperienza totale cioè dal punto di vista della pura molteplicità, della eguaglianza [...] di tutti gli ordinamenti puramente considerati come tali » (21). Pigliaru accolse innanzitutto l'idea di indagare « in sé e prescindendo dal riferimento a questo o quel determinato ordinamento » la realtà giuridica delle « forme concrete dell'esperienza » (22).

La letteratura intorno all'unità-molteplicità degli ordinamenti non può esimersi dal far capo all'indagine sulla società dei ladroni, scriveva Pigliaru (23). Niente tuttavia era per lui più distante dall'oggetto del suo studio. Se come ammetteva Capograssi, anche in tali società « si obbedisce a quel principio di verità e di ragione che trasforma in ordinamento ogni fatto di vita associata » (24), è pur vero che tale ordinamento « insieme si pone e si nega: si pone in base ad un principio e ad un'esigenza che sono universali e si nega perché tuttavia sono trattati come un principio ed un'esigenza particolari » (25). Da questa intima contraddizione interna, scaturisce quella caratteristica « ripugnanza, che in genere si avverte di fronte alla necessità di conoscere la società criminale come ordinamento », poiché in essa si assiste a un fatto che nega radicalmente lo stesso principio che ha dato vita all'ordinamento (26). Come scriveva Alessandro Levi, anche chi accolga la tesi della socialità del diritto, nella sua più ampia portata, non potrà esimersi dal considerare queste

(21) G. CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, cit., p. 183.

(22) Ivi, p. 185.

(23) A. PIGLIARU, *Il banditismo in Sardegna*, cit., p. 54.

(24) G. CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, cit., p. 203.

(25) A. PIGLIARU, *Il banditismo in Sardegna*, cit., p. 55.

(26) *Ibidem*.

società come la patologia e non già la fisiologia dell'esperienza giuridica (27).

Pur tipica delle società criminali, la presenza della vendetta nell'ambito della comunità barbaricina implicava comunque una distinzione essenziale tra la diversa situazione di questa società rispetto a quelle: « Questa comunità è semplicemente una comunità di vita, una comunità storica », contemporanea unicamente a se medesima (28). Niente in essa porta a concepire una vera e propria strumentalizzazione dell'ordinamento, come avviene nelle società criminali. All'uomo barbaricino non è fatto altro dovere che quello di essere uomo e anche in questo senso si scopre la differenza che sta tra « le norme che pongono la vendetta nel sistema della società criminale e le norme che regolano la vendetta nella società barbaricina »: « Quelle presuppongono il ladrone (anche se dentro il ladrone pensano l'uomo); queste pensano l'uomo negli stessi termini in cui l'uomo è pensato nell'ordinamento giuridico in quanto semplice ordine umano » (29).

Posta in tali termini la questione politica del cosiddetto « banditismo » assumeva una connotazione del tutto nuova e particolarmente complessa. Nello stretto rapporto tra vendetta e banditismo, Pigliaru scopriva, infatti, anche l'espressione dell'incontro-scontro tra l'ordinamento statale e l'ordinamento particolare. La pratica della vendetta, come si è detto, non appartiene a quella comunità come pratica individuale, ma sociale, « non come pratica di alcuni nella comunità », ma voluta da tutta la comunità per garantire la propria sopravvivenza e dunque dar vita a un sistema di certezza. Essa si configura come una pratica, per così dire, di « tutela giuridica » e qui sta il suo aspetto più rilevante ai fini di un'analisi che guardi all'esperienza giuridica anche nella prospettiva dell'ordinamento tipico, cioè dello Stato. Si tratta di un'azione « originariamente concepita come azione giuridica », che è tuttavia « conosciuta come contraddittoria, assolutamente parlando, con l'esperienza giuridica ulteriore, a sua volta conosciuta come inadeguata e

(27) A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 16.

(28) A. PIGLIARU, *Il banditismo in Sardegna*, cit., p. 58.

(29) *Ibidem*.

così estranea e remota da non poter essere accettata ed accolta come propria, anzi da dover essere negata »⁽³⁰⁾. Il che, va detto, non implica la negazione della natura di ordinamento dello Stato, ma più semplicemente che lo Stato è riconosciuto come incapace di garantire alla comunità di essere semplicemente se stessa, di assicurare cioè la vita concreta nelle esperienze individuali all'interno della comunità⁽³¹⁾.

In possesso di un suo sistema etico, che prescindendo dalla questione penale, non confligge in alcun modo con lo Stato, la società barbaricina si configura per Pigliaru come vero e proprio ordinamento giuridico, completo, nel significato proprio della formulazione di Santi Romano. Ogni ordinamento può dirsi completo qualora lo si consideri nell'ambito della sua esperienza storica. Solo fuori da quest'ambito, cioè osservandolo dalla prospettiva di un'altra cultura, o in termini comparatistici, nella sua relazione con altri ordinamenti o con un ordinamento ideale, è possibile dichiararne l'incompletezza.

È evidente il capovolgimento completo del pensiero dell'autore rispetto al suo precedente lavoro, che si avverte soprattutto laddove Pigliaru ammette, seguendo alla lettera le suggestioni capograsiane, la possibilità di negare la natura di ordinamento della comunità barbaricina solamente alla luce delle « dottrine che comunque identificano l'ordinamento giuridico e il diritto con lo Stato e con la legge dello Stato, cioè portando ad estreme conseguenze scientifiche certo esclusivismo dello Stato medesimo, così spesso abbagliato dalla sua naturale, essenziale vocazione all'universalità, da essere altrettanto spesso ridotto, pur da fondamentali esigenze della sua stessa vita, a fraintendere la natura stessa della sua condizione di Stato »⁽³²⁾.

Nella società barbaricina c'è un ordinamento e però non c'è Stato, sottolineava Pigliaru, seguendo la teoria della socialità del diritto, espressa dalla proposizione *ubi societas ibi jus, ubi jus ibi societas*, non trascurando comunque gli equivoci, individuati da Ales-

⁽³⁰⁾ Ivi, p. 61.

⁽³¹⁾ *Ibidem*.

⁽³²⁾ A. PIGLIARU, *Il banditismo in Sardegna*, cit., p. 65.

sandro Levi, cui l'espressione poteva dar luogo. L'ordinamento giuridico è dunque tale per la sua essenziale 'giuridicità' e il suo fine naturale non è altro che quello di essere se stesso, cioè proprio quello di realizzare la sua giuridicità. Esso è da intendersi non in quanto prodotto, ma come attività, azione; tale quindi da potersi cogliere, come auspicava Capograssi, quale vita giuridica, pur non essendo ancora vita giuridica « concettuale elaborata dalla scienza » (33). L'analisi poneva in luce la necessità dell'ordinamento di obbedire all'esigenza dell'azione, sottraendo però l'azione alla sua immediatezza « e al rischio cui l'immediatezza la espone », incidendo nella sua « naturale, originaria, effettiva durata ». Lopez de Oñate nel suo celebre studio su *La certezza del diritto*, scopriva nell'ordinamento giuridico la realizzazione di quella mediazione necessaria al perpetuarsi di ogni vita associata e perfettamente rispondente alla natura stessa di quest'ultima. Il « codice » consuetudinario della comunità barbaricina, pur non essendo sorretto da alcuna scienza, indicava in tal senso lo sforzo storico compiuto all'interno del suo « processo organizzativo » a realizzare « istituzionalmente » quella garanzia dell'azione, che da un lato « qualifica i comportamenti possibili 'in modo che gli uomini possano contare su quello che verrà', e dall'altro fa sapere ad ogni soggetto ciò che egli può e deve volere » (34).

L'ordinamento giuridico che Pigliaru tentava indagare si presentava dunque come un ordinamento perfettamente autonomo e originario: « I suoi limiti [...] sono i limiti che esso dà a se medesimo, con le sue stesse disposizioni e in forza dei suoi stessi principi; cioè quei limiti sui quali esso ordinamento si è costituito [...] » (35). Poiché costituendosi « non poteva evidentemente non limitarsi », l'ordinamento si è limitato per essere « la realtà che è, se è vero che farsi è determinarsi oggettivamente, limitarsi » (36). In quanto originario e non derivato, tale ordinamento era da considerarsi un'istituzione « perfetta, autonoma e quindi non subordi-

(33) Ivi, p. 69.

(34) Ivi, p. 72.

(35) Ivi, p. 73.

(36) Ivi, p. 74.

nata », pur non essendo Stato. Queste considerazioni dovevano necessariamente essere assunte prescindendo « dal territorio come elemento essenziale dell'essere Stato dello Stato », cioè riproponendo l'originaria definizione di sovranità, questione che torna oggi di grande attualità in seno al dibattito dottrinale. Come tale, l'ordinamento barbaricino era un ordinamento a carattere universale, « con una pretesa all'universalità in tutto identica alla pretesa all'universalità propria di quegli ordinamenti che sono, in senso proprio, Stato »⁽³⁷⁾. Fuori dal suo impianto dottrinale, come aveva colto Frosini, quella di Pigliaru era però un'interpretazione tutt'altro che pacificante della realtà barbaricina. Ad essa continuò a pensare, senza mai perdere l'occasione di affiancare al suo studio, l'incessante appello per una concreta azione politica, finalizzata al ripristino dell'azione storica nella vita di quella comunità.

A definire meglio i contorni delle sue considerazioni politiche intorno alla vicenda storica della comunità barbaricina e più estesamente della Sardegna, contribuì in modo significativo l'assidua frequentazione delle pagine gramsciane. A Gramsci dedicò il suo ultimo saggio, *L'eredità di Gramsci e la cultura sarda contemporanea*, pubblicato postumo nell'ottobre 1969⁽³⁸⁾. Uno scritto penetrante e drammaticamente critico verso la cultura sarda, che non aveva saputo cogliere le opportunità di crescita garantite dall'autonomia regionale, intesa da lui come possibilità di un superamento democra-

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 75.

⁽³⁸⁾ ID., *L'eredità di Gramsci e la cultura sarda*, in *Gramsci e la cultura contemporanea*, I, Atti del convegno internazionale di studi gramsciani tenuto a Cagliari il 23-27 aprile 1967, a c. di P. Rossi, Roma, Editori Riuniti, 1969, pp. 487-533. Si trattava di un tema particolarmente complesso, se solo si pensa che nel numero speciale dedicato alla Sardegna della rivista « Il Ponte » (1951), Piero Calamandrei aveva domandato espressamente a Palmiro Togliatti di scrivere sul *Gramsci sardo*. Cfr. P. TOGLIATTI, *Gramsci sardo*, « Il Ponte », VII (1951), nn. 6-7, settembre-ottobre, pp. 1085-1090. Sul numero della rivista mi permetto di rinviare ora a P. CARTA, *Lo spirito 'religioso' del diritto. Salvatore Satta e Piero Calamandrei*, « Annali dell'istituto storico italo-germanico in Trento », XXX (2005), pp. 93-118. Per uno studio più ampio sulla storia de « Il Ponte » cfr. A. COLOMBO, *Alla testa del 'Ponte'*, in *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, a c. di P. Barile, Milano, Giuffrè, 1990 (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 32), pp. 513-551 e L. POLESE REMAGGI, « *Il Ponte* » di Calamandrei. 1945-1956, Firenze, Olschki, 2001.

tico della sovranità statale. Ciò rende ancor più profondo il rammarico per la brusca interruzione del suo percorso scientifico, avvenuta proprio nel momento in cui l'acquisizione del pensiero di Gramsci, pareva prospettare un nuovo orizzonte di studi. Restano solo le esigue, ma essenziali, tracce, espresse nei suoi lavori più maturi, tra i quali si segnalano l'importante contributo *Struttura soprastruttura e lotta per il diritto* (1965) e l'incompiuto *Studio sull'estinzione dello Stato* (39). In entrambi i saggi, è possibile scorgere una sottile linea che unisce la lezione di Giuseppe Capograssi, il suo primo e sempre amato maestro, ai motivi elaborati con straordinaria lucidità, mediante il ricorso al pensiero gramsciano: « Ogni seria meditazione sullo Stato è una meditazione sulla sua estinzione » (40).

Fin dal 1963, dunque, manifestando la sua singolare acutezza, Pigliaru portava a compimento l'impegno, quasi autobiografico, di rivisitare se stesso e la sua opera, attraverso la reinterpretazione delle tesi « culminanti » della filosofia di Antonio Gramsci (41). *L'Intervista sul problema del banditismo in Sardegna*, in seguito ripubblicata, per espressa volontà dell'autore, in appendice alla *Vendetta barbaricina*, si apriva con una sequenza esplicita di citazioni dei *Quaderni del carcere*, tra le quali spiccava una nota sul Machiavelli (42):

Non « può esserci riforma culturale e cioè elevamento civile degli strati depressi della società, senza una precedente riforma economica e mutamento nella posizione sociale e nel mondo economico: perciò una riforma intellet-

(39) I due studi sono stati raccolti in A. PIGLIARU, *Scritti di scienza politica*, Cagliari, Dattena, 1975, pp. 103-178; pp. 331-419.

(40) ID., *Il banditismo in Sardegna*, cit., p. 354. Si tratta di un'espressione ricorrente negli scritti di Pigliaru, si veda ad esempio: l'*Introduzione al corso di Dottrina dello Stato* in ID., *Scritti di scienza politica*, cit., p. 93. È appena il caso di ricordare il celebre luogo capograssiano: G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato*, Torino, Bocca, 1918, poi in ID., *Opere*, I, cit., p. 17: « Ogni vera ricerca sullo Stato è una profonda meditazione della sua fine ».

(41) A. PIGLIARU, *Intervista sul problema del banditismo in Sardegna*, « I problemi della pedagogia », IX (1963), pp. 237-285, ora in appendice a *Il banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina*, cit., pp. 325-371: p. 333.

(42) Ivi, p. 336; per la nota gramsciana: A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, a c. di V. Gerratana, III, Torino, Einaudi, 2001², Q. 13, § 1, p. 1561.

tuale e morale non può non essere legata a un programma di riforma economica, anzi il programma di riforma economica è appunto il modo concreto con cui si presenta ogni riforma morale e intellettuale ».

Il superamento delle contraddizioni, che imprigionavano e paralizzavano la comunità di cui si era occupato, necessitava dunque di uno sforzo di natura politica volto a favorire concretamente la possibilità di una « scelta »: un « impegno di libertà », di liberazione « dal bisogno, dall'ignoranza e da tutte quelle reali condizioni di miseria (in tutti i sensi in cui la parola può essere usata) »⁽⁴³⁾. In questa direzione operò personalmente Pigliaru, incoraggiando, ad esempio, una profonda riflessione sull'istruzione pubblica e sulle responsabilità della scuola in un ambiente storico « arretrato »⁽⁴⁴⁾. Forte dell'esperienza gramsciana, egli agì nel contesto isolano, non solo in vista di una riforma della storia della comunità nella quale era nato, ma piuttosto « in vista finalmente di una storia, in vista della storia »⁽⁴⁵⁾.

Le pagine della *Vendetta barbaricina*, particolarmente suggestive, sono ancora oggi le più citate. E tuttavia, come è stato scritto anche di recente, l'eredità di Pigliaru non può essere circoscritta « nei confini, pur importanti, del lavoro accademico ». Con la sua prematura scomparsa, egli ha lasciato di sé « un ricordo indelebile come ricercatore assiduo della verità, stimolatore incessante di coscienze e intelligenze, organizzatore tenace di esperienze culturali. La passione dell'uomo in pienezza di umanità »⁽⁴⁶⁾. Norberto Bobbio, rievocando il metodo di Pigliaru, lo ha sintetizzato tutto in una naturale disposizione a considerare molto seriamente le cose e le persone di cui si occupava: « Il suo mestiere di docente lo aveva concepito non come insegnamento distaccato, dottrinario, ma come un modo di comunicare [...] e di suscitare interessi seri [...]. La sua era una cattedra dalla quale si faceva un esperimento giornaliero di

⁽⁴³⁾ A. PIGLIARU, *Intervista sul problema del banditismo in Sardegna*, cit., p. 371.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. L. CAIMI, *Motivi pedagogici e impegno educativo in Antonio Pigliaru*, Milano, Vita e Pensiero, 2000.

⁽⁴⁵⁾ A. PIGLIARU, *Intervista sul problema del banditismo in Sardegna*, cit., p. 366.

⁽⁴⁶⁾ L. CAIMI, *Motivi pedagogici e impegno educativo in Antonio Pigliaru*, cit., p. 108.

educazione, nel senso più alto della parola » (47). Fu insomma un « vero maestro », che, per usare una sua felice espressione, nacque professore con la vocazione di chi concepisce l'università, prima ancora che come « strumento di ricerca scientifica », quale luogo in cui la formazione diventa concreta riforma intellettuale e morale della società civile.

La sintesi tra attività scientifica e riforma del metodo di insegnamento universitario trovò una concreta realizzazione negli ultimi anni della sua vita. Durante quel periodo Pigliaru ricordò spesso ai suoi studenti, e a quanti riscoprivano nell'azione una gioia di gran lunga superiore al semplice senso del dovere, quale patrimonio era contenuto nell'ideale gramsciano di disciplina universitaria. Tentò dunque di tradurlo nell'aula, presentandolo come opportunità da afferrare, in un momento in cui si faceva sempre più forte anche l'esigenza di un cambiamento profondo nella didattica. Nell'anno accademico 1968-1969 dedicò il suo corso di Dottrina dello Stato a una revisione critica dell'insegnamento universitario, dando vita a un contraddittorio, talora aspro, ma mai sordo, con gli studenti della Facoltà di Giurisprudenza di Sassari (48). Fu il suo ultimo corso. Scomparve il 27 marzo 1969, a soli 46 anni, senza poter portare a compimento il 'piano' delle lezioni. 'Piano' è naturalmente termine usato a sproposito, poiché, come è possibile apprezzare dalle registrazioni, il dialogo serrato con gli studenti contribuiva in modo considerevole a dirottare le lezioni lungo sentieri imprevisi (49). In quel corso la relazione tra filologia e politica che Gram-

(47) N. BOBBIO, *Antonio Pigliaru*, cit.

(48) G. MELIS, *Quel professore, nel Sessantotto*, « Ichnusa », VIII (1989), n. 18/19, Nuova Serie, pp. 48-52.

(49) Le lezioni sono state pubblicate nel volume A. PIGLIARU, *Il rispetto dell'uomo*, introduzione di L. M. Lombardi Satriani e M. A. Cattaneo, testi inediti trascritti e annotati da T. Delogu e R. Turtas, Sassari, Iniziative Culturali, 1980. Dal gennaio 1968 il bollettino bibliografico del corso di Dottrina dello Stato, che Pigliaru curava insieme a Mario A. Cattaneo, prese il titolo de « il Trasimaco ». Nel fascicolo del gennaio-marzo, insieme a colleghi e allievi, Pigliaru aveva già iniziato una riflessione sulla crisi dell'Università e sul movimento studentesco. In particolare sul fascicolo apparvero i contributi di N. BOBBIO, *Un dialogo difficile ma necessario* (pp. 2-4) e di M.A. AIMO - A. MOTRONI - V.F. MURA, *Per una bibliografia su: la crisi dell'Università e sul movimento*

sci auspicava di trasferire nella concreta realtà politica, fu posta come preliminare questione metodologica.

È tuttavia necessario recuperare il valore delle lezioni di Pigliaru, accostandole sia ai suoi scritti di quegli anni, espressamente rievocati in aula, sia alle pagine gramsciane che in certo qual modo le avevano ispirate, per comprendere l'autenticità del suo pensiero.

L'interesse per la questione della cultura e per la formazione degli intellettuali si era in realtà rivelato assai precocemente nell'opera di Pigliaru, in termini prossimi al pensiero di Gramsci. Si pensi, ad esempio, all'articolo apparso nel 1949 sul primo numero di « Ichnusa », intitolato significativamente *Il problema della cultura: primo sprovincializzare la provincia*, nel quale si scopriva un duro atto d'accusa contro certo compiacimento per l'isolamento culturale e contro un provincialismo inteso quale inevitabile ed insuperabile fatalità imposta dal destino⁽⁵⁰⁾. Questa acquisizione più o meno consapevole, lo condusse a interpretare il lascito gramsciano fuori da schemi ideologici. Di Gramsci accolse soprattutto l'aspirazione ideale per cui la comprensione della realtà non può mai essere disgiunta dalla possibilità di modificarla, qualora essa lo necessiti. Tale aspirazione è interpretata e ricondotta nei termini di una riflessione sulla democrazia, considerata però fuori dal suo mito⁽⁵¹⁾.

L'opportunità per discutere sistematicamente e coerentemente del « suo » Gramsci giunse comunque ben prima del corso accademico poc'anzi ricordato. Nel 1967 gli fu richiesto di partecipare al convegno cagliaritano che celebrava il trentennale della scomparsa del politico di Ales (dalla relazione nacque il già ricordato *L'eredità di Gramsci*).

studentesco (pp. 4-28), con introduzione dello stesso Pigliaru. Sulle pagine del « Trasimaco » stavano anche tutte le amare riflessioni sull'occupazione della Cecoslovacchia, e il tradimento di una speranza nella nuova storia, nel volto umano restituito al socialismo (« Il Trasimaco », 1968, 12, pp. 10-11). Cfr. L. CAIMI, *Motivi pedagogici e impegno educativo in Antonio Pigliaru*, cit., p. 102.

⁽⁵⁰⁾ A. PIGLIARU, *Sprovincializzare la provincia: il problema della cultura*, « Ichnusa », I (1949), n. 1, pp. 67-71. Sulla rivista « Ichnusa » e sull'importanza che essa ebbe nella Sardegna del dopoguerra cfr. S. TOLA, *Gli anni di 'Ichnusa'. La rivista di Antonio Pigliaru nella Sardegna della rinascita*, Sassari-Pisa, Iniziative culturali-ETS, 1994.

⁽⁵¹⁾ Su questi aspetti si veda ora A. PIGLIARU, *Le parole e le cose*, cit.

Nella prima parte del suo discorso, Pigliaru ricordò il nesso tra disciplina universitaria e istituzioni — il rigore filologico auspicato come modello politico — che Gramsci aveva individuato, commentando una pagina sull'Università di John Henry Newman ⁽⁵²⁾. Nel carcere di Turi, Gramsci aveva potuto leggere una sintesi delle opere del Cardinale di Oxford, pubblicata in uno scialbo articolo apparso tra le *Cronache del pensiero religioso* nel numero di « Gerarchia » del marzo 1933 ⁽⁵³⁾:

Anzitutto e in linea generalissima, la università ha il compito umano di educare i cervelli a pensare in modo chiaro, sicuro e personale, districandoli dalle nebbie e dal caos in cui minacciava di sommergerli una cultura inorganica, pretenziosa e confusionaria, ad opera di letture male assortite, conferenze più brillanti che solide, conversazioni e discussioni senza costrutto: 'Un giovane d'intelletto acuto e vivace, sfornito di una solida preparazione, non ha di meglio da presentare che un acervo di idee, quando vere quando false, che per lui hanno lo stesso valore. Possiede un certo numero di dottrine e di fatti ma scuciti e dispersi, non avendo principii attorno ai quali raccoglierli e situarli. Dice, disdice e si contraddice, e quando lo si costringe a esprimere chiaramente il suo pensiero non si raccapezza più. Scorge le obiezioni, meglio che le verità, propone mille quesiti ai quali nessuno saprebbe rispondere, ma intanto egli nutre la più alta opinione di sé e si adira con quelli che dissentono da lui'. Il metodo che la disciplina universitaria prescrive per ogni forma di ricerca è ben altro e ben altro è il risultato: è 'la formazione dell'intelletto, cioè un abito di ordine e di sistema, l'abito di riportare ogni conoscenza nuova a quelle che possediamo, e di aggiustarle insieme, e, quel che più importa, l'accettazione e l'uso di certi principii, come centro di pensiero... Là dove esiste una tale facoltà critica, la storia non è più un libro di novelle,

⁽⁵²⁾ J.H. NEWMAN, *Lectures and Essays on University Subjects*, London, Lognman, 1859, pubblicato in seguito in ID., *The Idea of a University Defined and Illustrated*. I. in *Nine Discourses Addressed to the Catholics of Dublin*. II, in *Occasional Lectures Addressed to the Members of The Catholic University*, London, Basil Montagu Pickering, 1873. Cfr. J.H. NEWMAN, *Opere*, a c. di A. Bosi, Torino, Utet, 1988 (rist. 1997). Sull'origine dello scritto si veda J. MORALES MARÍN, *Newman (1801-1890)*, Madrid, Rialp, 1990, trad. it. di L. Dapelo, *John Henry Newman (1801-1890)*, Milano, Jaca Book, 1998, in particolare pp. 263-282 e pp. 337-348.

⁽⁵³⁾ A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, III, p. 1806-1807 [il corsivo è mio]. Il brano è tratto interamente dall'articolo *Il Cardinale di Oxford*, firmato « Fermi » (« Gerarchia », 1933, pp. 245-250; 335-345: per la citazione gramsciana, pp. 339-340), nel quale in una prima parte si ripercorrevano le vicende della Chiesa anglicana, nella prospettiva di una storia delle idee, vagamente concepita e secondo gli stilemi di quegli anni; nella seconda era possibile apprezzare una sintesi, condita con lunghe citazioni, dell'opera di Newman.

né la biografia un romanzo; gli oratori e le pubblicazioni della giornata perdono la infallibilità; l'eloquenza non vale più il pensiero, né le affermazioni audaci o le descrizioni colorite tengono il posto di argomenti'. *La disciplina universitaria deve essere considerata come un tipo di disciplina per la formazione intellettuale attuabile anche in istituzioni non 'universitarie' in senso ufficiale.*

Questa pagina meditata in solitudine da Gramsci, è stata di recente definita come « una delle più belle della nostra storia civile recente, sull'università e sull'idea di un ordine intellettuale e morale »⁽⁵⁴⁾. Fu scritta « nella primavera del 1933, l'anno che nell'Europa continentale segna l'avvento del progetto totalitario di distruzione di un intero ordine intellettuale e morale, proprio mentre in un'università già fascistizzata e nell'atmosfera trionfalistica e *ubuesque* del regime si svolgevano le celebrazioni bolognesi e romane per il XIV centenario delle Pandette di Giustiniano »⁽⁵⁵⁾.

Leggendola non ci si può esimere dal domandarsi quanto in realtà si conosca l'esperienza di studio del Gramsci in carcere; in che modo egli lesse i volumi di cui poteva disporre; fino a che punto citava, che cosa citava e quali furono le aggiunte che di suo pugno scrisse accanto a brani escerpiti da riflessioni altrui⁽⁵⁶⁾. Alcune di queste aggiunte, così come alcune sue glosse, sono tali da donare a un testo non suo, un significato radicalmente nuovo.

Le due righe segnalate in corsivo, costituiscono, infatti, il solo commento autenticamente gramsciano; il resto è una citazione alla lettera dell'articolo apparso sul numero di « Gerarchia ». Eppure quelle due sole righe sono sufficienti per regalare al lettore, tutto intero, il significato più profondo della riflessione morale e politica gramsciana. In quelle due righe si manifesta lo scarto tra l'idea di disciplina universitaria di Newman e il significato politico di cui essa si riveste in Gramsci. La sua idea di filologia si prospetta come

⁽⁵⁴⁾ D. QUAGLIONI, *Università e « spirito pubblico »*, in *L'Università a Trento. 1962-2002*, a c. di F. Cambi, D. Quaglioni, E. Rutigliano, Trento, Università di Trento, 2004, pp. 5-47: p. 29.

⁽⁵⁵⁾ Ivi, pp. 29-30.

⁽⁵⁶⁾ Un lavoro di questo tipo è stato avviato non molti anni fa da G. FRANCONI, *L'officina gramsciana. Ipotesi sulla struttura dei « Quaderni del carcere »*, Napoli, Bibliopolis, 1984.

garanzia di verificabilità del dato, quale metodo necessario a una vera riforma democratica delle istituzioni politiche. A guardar bene, la riflessione gramsciana è in realtà una riflessione sulla concreta relazione tra « verità e politica », comunque si vogliano intendere i due termini, e il primo nello specifico. La filologia, che nel suo universo ideale e morale si presenta come l'esempio più diretto della disciplina universitaria, è in certo qual modo nient'altro che la ricerca della verità e della possibilità offerta a ciascuno di poter verificare l'onestà di ogni affermazione; è insomma la nota a piè di pagina, nella quale, come ricordava il poeta, si ritrova e si perpetua la civiltà di un popolo.

È stato altresì ricordato che la « questione universitaria ha in Gramsci, lo stesso valore di una questione della 'sprovvincializzazione', o della costruzione di un ordine intellettuale e morale » — tale era appunto il proposito dei *Quaderni* fin dalle prime bozze — « come edificazione di una coscienza europea, e perciò stesso come riforma morale degli Italiani » (57). Fu questa esigenza di profonda riforma morale che Pigliaru ritrovò nella riflessione gramsciana, particolarmente nelle due righe poste in calce al testo di Newman, con le quali si suggeriva il metodo e la via per realizzarla.

Interrogandosi sull'eredità di Gramsci, presentò la questione universitaria come il tratto più rivoluzionario nella sua interpretazione del materialismo storico (58). Desiderava dunque comprendere se e come la cultura era riuscita a far propria la lezione dell'intellettuale, quali elementi di arricchimento ne aveva tratto; in quali direzioni ne aveva svolto le indicazioni, tenendo conto « non solo del significato totale che il nome e il pensiero di Gramsci hanno avuto ed hanno nel quadro della cultura contemporanea, là dove si fa più fitto e intenso il discorso critico su marxismo e filosofie; ma piuttosto di quell'altro possibile significato che il nome e il pensiero di Gramsci possono assumere nei confronti dell'organizzazione 'culturale' della Sardegna, cioè nei confronti di una intervenuta o

(57) D. QUAGLIONI, *Università e « spirito pubblico »*, cit., p. 31.

(58) A. PIGLIARU, *L'eredità di Gramsci e la cultura sarda*, in *Gramsci e la cultura contemporanea*, I, Atti del convegno internazionale di studi gramsciani tenuto a Cagliari il 23-27 aprile 1967, a c. di P. Rossi, Roma, Editori Riuniti, 1969, pp. 487-533.

mancata riforma dell'intellettuale sardo » (59). La biografia intellettuale di Gramsci diventava essa stessa un fatto particolarmente significativo per affrontare un bilancio della cultura sarda come critica interna ed esterna. Quale uso questa cultura ha saputo o voluto fare dell'esperienza gramsciana « se è vero che la critica e il superamento che Gramsci fa della propria 'formazione giovanile' sono insieme critica e superamento di una condizione oggettiva e di una storia identificabili con le condizioni e la storia della cultura sarda giunte ad un determinato grado di sviluppo, e comunque coinvolte, in lui, nella possibilità di un più largo e approfondito esame di coscienza » (60). Gramsci impersonificava la coscienza critica, e la sua esperienza andava considerata come momento della coscienza critica nella storia dell'intellettuale italiano e sardo nello specifico.

Sulla scorta di quella mirabile pagina dei *Quaderni* intitolata *Storicità della filosofia della prassi*, che è appena il caso di ricordare, Pigliaru indicava nel carattere antidogmatico e storicistico le peculiarità della lezione gramsciana. In quel particolare frangente il materialismo dialettico cedeva il passo a un più rigoroso e criticamente valido materialismo storico, per cui la filosofia della prassi poteva concepire se stessa storicisticamente, cioè come un momento transitorio del pensiero filosofico. Tutto ciò emergeva in modo esplicito anche nella tesi esposta da Engels nell'*Antidübring*, secondo la quale lo sviluppo storico sarebbe stato caratterizzato « dal passaggio dal regno della necessità al regno della libertà » (61). Se solo Hegel, sia pure in forma di « romanzo filosofico », era stato capace di incarnare in un unico sistema quella coscienza delle contraddizioni da cui la società è stata lacerata, in quanto manifestazione delle contraddizioni in atto tra i diversi sistemi filosofici in lotta tra loro, la filosofia della prassi avrebbe dovuto farsi carico di riformare e sviluppare lo hegelismo. In tal modo essa si presentava come filosofia « liberata (o che cerca di liberarsi) da ogni elemento ideologico unilaterale e fanatico »; essa era « la coscienza piena delle contraddizioni, di cui lo stesso filosofo, inteso individualmente o

(59) Ivi, p. 487.

(60) Ivi, p. 488.

(61) A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere* (Q 11, § 62), II, cit., p. 1487.

inteso come gruppo sociale, non solo comprende le contraddizioni ma pone se stesso come elemento della contraddizione, eleva questo elemento a principio di conoscenza e quindi di azione » (62).

Dal riconoscimento del valore provvisorio di tutte le filosofie, della « storicità di ogni concezione del mondo », nasceva l'esigenza di evitare la deformazione della riflessione filosofica in una ideologia, intesa nel senso deteriore, cioè ridotta a « un sistema dogmatico di verità assolute ed eterne » (63). La filologia, l'estremo rigore metodologico, rappresentava la garanzia contro la riduzione della filosofia a ideologia e insieme il ripristino dell'autenticità in luogo della faziosità. Poiché erano note le critiche di Gramsci contro l'organizzazione scolastica e la didattica universitaria italiana « quasi sempre dogmatica e formalistica », la richiesta contenuta nelle due righe di commento a Newman appariva a Pigliaru trasparente: non si trattava « di ridurre tutto ad accademia: ma di prendere atto del fatto che il rigore delle 'stanze accademiche' ha una validità oggettiva, e anzi che questa disciplina 'per la formazione intellettuale' è una forma di difesa necessaria contro diletterantismo e settarismo » (64).

Il perseguimento di tale metodo, secondo Pigliaru, fu un atteggiamento originario in Gramsci, non acquisito tardivamente e mantenuto vivo anche durante la sua azione politica (65):

Lo stesso « rigore » del linguaggio « sperimentato » negli articoli dell'*Ordine Nuovo* ne è una riprova, resa esplicita, del resto, come « tesi », da quel frammento intitolato *Diletterantismo e disciplina*, che denuncia « una tendenza

(62) *Ibidem*.

(63) A. PIGLIARU, *L'eredità di Gramsci e la cultura sarda*, cit., p. 490.

(64) Ivi, p. 491. Questo il brano di Gramsci: « Diletterantismo e disciplina. Necessità di una critica interna severa e rigorosa, senza convenzionalismi e mezze misure. Esiste una tendenza del materialismo storico che sollecita [e favorisce] tutte le cattive tradizioni della media cultura italiana e sembra aderire ad alcuni tratti del carattere italiano: l'improvvisazione, il 'talentismo', la pigrizia fatalistica, il diletterantismo scervellato, la mancanza di disciplina intellettuale, l'irresponsabilità e la slealtà morale e intellettuale. Il materialismo storico distrugge tutta una serie di pregiudizi e di convenzionalità, di falsi doveri, di ipocrite obbligazioni: ma non perciò giustifica che si cada nello scetticismo e nel cinismo snobistico » [A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere* (Q 6 § 79), cit., p. 749].

(65) A. PIGLIARU, *L'eredità di Gramsci*, cit., p. 491.

del materialismo storico [a sollecitare e favorire] tutte le cattive tradizioni della cultura media italiana e [che] sembra aderire ad alcuni tratti del carattere italiano: l'improvvisazione, il 'talentismo', la pigrizia fatalistica, il diletterantismo scervellato, la mancanza di disciplina intellettuale, l'irresponsabilità e la slealtà morale e intellettuale». Così viene posta un'esigenza di fondo: la « necessità di una critica interna severa e rigorosa, senza convenzionalismi e mezze misure », dove pare opportuno sottolineare di proposito l'espressione: « necessità di una critica », ma più ancora gli aggettivi successivi: « interna severa rigorosa ».

L'esercizio costante e permanente della critica verso gli altri e soprattutto verso se stessi, è il corollario necessario al metodo indicato da Gramsci nella pagina sull'Università. La filosofia della prassi esige fedeltà al rigore metodologico proprio delle « stanze accademiche », perché appartiene a quel metodo il compito di sorreggere e incoraggiare incessantemente l'esercizio critico: « Fuori di questa fedeltà ci sono i rischi saputi [;] gli atteggiamenti olimpici alla Volfango Goethe; la ricaduta nella ideologia intesa nel senso deteriore e dunque nel dogmatismo delle verità assolute ed eterne; la confusione della filosofia della prassi (come materialismo storico) col materialismo volgare, anzi 'con la metafisica della materia che non può non essere eterna e assoluta; il ritorno insomma ad una filosofia contaminata ulteriormente da 'ogni elemento ideologico e fanatico'; la perdita della piena 'coscienza delle contraddizioni', con tutto ciò che l'espressione significa nei termini in cui Gramsci stesso la usa nella ricordata pagina sulla storicità della filosofia della prassi » (66).

Rinunciare a tali contraddizioni e alla storicità, significava chiudere ogni esperienza, rigettandola direttamente in quel « provincialismo e in quel particolarismo integranti, a volte, i vizi d'origine di 'culture' che non realizzano una trasfigurazione collettiva in senso nazionale-europeo, ma restano somma di 'raids individuali', 'sortite' che in questo senso assumono forme per lo più caricaturali, meschine, 'teatrali', ridicole » (67). La riflessione di Pigliaru si ricongiungeva in tal modo al momento della sua germinazione iniziale, con quell'espresso richiamo all'esigenza di sprovvincializzare la pro-

(66) Ivi, p. 492.

(67) *Ibidem*.

vincia, che costituì la cifra costante e più autentica del suo pensiero. Di qui il riconoscimento dei tratti maggiormente significativi della riflessione di Gramsci nell'antiprovincialismo, nell'antiregionalismo, nell'ampiezza nazionale e cosmopolita del suo lavoro. La consapevolezza di tali caratteri era il passo preliminare per la presa di coscienza delle potenzialità, che essi avrebbero potuto garantire alla Sardegna, e insieme all'isola anche ad altre realtà, chiuse e retrive. Le ben note pagine gramsciane dedicate al folclore e rievocate da Pigliaru, possono apparire oggi anacronistiche e tuttavia non perdono il proprio valore. Proprio oggi la dilettantesca retorica politica, che si esprime soprattutto nella dimensione localistica, pare moltiplicare l'uso di termini come « identità » e « territorio », inconsapevole del significato che tali vocaboli hanno avuto nella storia democratica italiana ⁽⁶⁸⁾:

La attività formativa dello Stato che si esprime, oltre che nell'attività politica generale, specialmente nella scuola, non si svolge sul niente e dal niente: in realtà essa è in concorrenza e non in contraddittorio con altre concezioni implicite ed esplicite e tra queste non delle minori e meno tenaci è il folclore, che pertanto deve essere 'superato'. Conoscere il folclore significa pertanto per l'insegnante conoscere quali altre concezioni del mondo e della vita lavorano di fatto alla formazione intellettuale e morale delle generazioni più giovani, per estirparle e sostituirle con concezioni ritenute superiori. Dalle scuole elementari alle cattedre d'agricoltura, in realtà, il folclore era già sistematicamente battuto in breccia: l'insegnamento del folclore agli insegnanti dovrebbe rafforzare ancor più questo lavoro.

Lo spirito antiprovincialistico, così come si rivela in questo brano, rappresenta uno dei tratti più caratteristici del pensiero democratico italiano. Pertanto, secondo Gramsci, un conto è prendere in considerazione il folclore, altro è l'« ismo », che da esso trae la propria origine. Il « folclorismo », mito generato dal ripudio della disciplina universitaria e del metodo filologico, è da intendere « come una delle forme in cui si esprime la negazione di ogni mobilità e di ogni fluttuazione che anche nel folclore possano essere registrate » ⁽⁶⁹⁾. Se il folclore può comunque essere fatto oggetto di scienza, il folclorismo è direttamente connesso alla dimensione pro-

⁽⁶⁸⁾ Ivi, pp. 496-497.

⁽⁶⁹⁾ Ivi, p. 496.

vinciale della cultura e può definirsi come l'abbandono deliberato « all'isolamento storico e ad una cultura arbitrariamente privata di ogni residua mobilità, accettata anzi esclusivamente in quelle che sono le sue forme massimamente chiuse ed esaurite », hegelianamente incomprensibili, « perché private della loro stessa originaria e spontanea obiettività e storicità » (70). La bizzarria di tali forme risiede nel loro perpetuarsi ben oltre le condizioni che le hanno prodotte, dando vita a una classe di intellettuali, incapaci di comprendere scientificamente il folclore e dunque di storicizzarlo, superandolo. Si tratta di un momento essenziale della eredità di Gramsci, una delle sue cifre insostituibili.

Le riflessioni gramsciane sulla disciplina universitaria si innestavano comunque in un discorso più complesso intorno alla partecipazione attiva del popolo alla vita politica, momento indispensabile per lo sviluppo della democrazia e per un'« estinzione democratica dello Stato ». Occorrerà pertanto fare un passo indietro rievocando la ben nota pagina del 1930-31, intitolata *Il « Saggio popolare » e la sociologia*, per comprendere l'esatto significato che Gramsci attribuiva al metodo filologico applicato alla politica. In quelle pagine egli manifestava la propria preoccupazione circa la riduzione del materialismo storico a una sociologia marxista. Il pericolo insito in tale operazione si scopriva in modo limpido nell'incentivo alle « facili improvvisazioni giornalistiche dei 'genialoidi' » (71):

La 'filologia' è l'espressione metodologica dell'importanza dei fatti particolari intesi come 'individualità' definite e precisate. A questo metodo si contrappone quello dei 'grandi numeri' o della 'statistica', preso in prestito dalle scienze naturali o almeno da alcune di esse. Ma non si è osservato abbastanza che la legge dei 'grandi numeri' può essere applicata alla storia e alla politica solo fino a quando le grandi masse della popolazione rimangono passive —

(70) *Ibidem*. Per le osservazioni sul folclore cfr. A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere* (Q 27 § 1), III, cit., pp. 2311-2314.

(71) A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere* (Q 7 § 6), II, cit., pp. 856-857. Si tratta di riflessioni elaborate sul testo di H. DE MAN, *Il superamento del marxismo*, trad. it. di A. Schiavi, Bari, Laterza, 1929. Secondo il curatore il riferimento esplicito a De Man potrebbe anche riferirsi al volume *La gioia del lavoro*, Bari, Laterza, 1931 [ma fine 1930], che Gramsci avrebbe richiesto il 1° dicembre 1930 (A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, cit., IV, pp. 2750-2751). Su questi temi si veda anche Q 11 § 25, *Riduzione della filologia della praxis a una sociologia*, ivi, pp. 1428-1430.

per rispetto alle questioni che interessano lo storico o il politico — o si suppone che rimangano passive.

L'applicazione della 'legge dei grandi numeri', in luogo della filologia, alle scienze storiche e alle scienze politiche, non era secondo Gramsci priva di un significato politico, né tanto meno scevra di conseguenze nefaste sia per la storia, sia per la politica. Il ripudio della filologia nell'ambito delle scienze storiche avrebbe potuto generare unicamente errori e spropositi scientifici, corretti in seguito dalla scoperta di documenti, che meglio avrebbero chiarito e precisato ciò che in origine era niente più che una ipotesi. Nella « scienza », o « arte » della politica, tale avvicendamento del metodo di analisi, scriveva Gramsci, avrebbe condotto a « catastrofi, i cui danni 'secchi' » nessuno mai avrebbe potuto risarcire ⁽⁷²⁾. L'elevazione della legge dei grandi numeri a legge politica, dunque, non costituiva per Gramsci un errore scientifico, ma grave errore politico in atto: « È incitamento alla pigrizia mentale e alla superficialità programmatica, è affermazione aprioristica di 'inconoscibilità' del reale, molto più grave che non sia nelle scienze naturali, in cui l'affermazione di 'non conoscere' è un criterio di prudenza metodica e non affermazione di carattere filosofico » ⁽⁷³⁾.

Il suo ideale prevedeva che fosse proprio la politica, intesa nel suo significato più classico, a distruggere la legge dei grandi numeri, favorendo la fuoruscita delle « moltitudini » dalla passività. In questo senso la 'legge dei grandi numeri' non potrebbe neppure ambire allo *status* di legge giacché essa intende negare la singolarità di ogni esperienza umana, cioè parte da un presupposto falso. La partecipazione attiva degli individui alla vita politica, in luogo di una passiva obbedienza al singolo, al capo individuale, era un passo necessario da compiere per il raggiungimento di una forma democratica del potere. Discutendo di tutto ciò Gramsci intuiva i confini di un sistema di partecipazione politica che dunque definiva « filologia vivente ». I sentimenti standardizzati delle grandi masse, che il singolo, il capo, conosce per espressione della legge dei grandi numeri, cioè « razionalmente, intellettualmente, e che egli — se è un grande

⁽⁷²⁾ A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere* (Q 7 § 6), II, cit., p. 856.

⁽⁷³⁾ Ivi, p. 857.

capo — traduce in idee-forza, in parole-forza », in una dimensione democratica del potere potrebbero essere conosciuti « per partecipazione [...] per esperienza dei particolari immediati, con un sistema di 'filologia' vivente, per così dire ». Tale era il compito del partito politico, innestato in modo vitale nelle masse. Ciò che qui però importa è sottolineare lo stretto nesso tra filologia e politica nel pensiero di Gramsci. Tale nesso appare in tutta evidenza nella definizione dell'idea di Stato *senza* Stato, che costituisce il risvolto gramsciano più originale al problema marxiano dell'estinzione dello Stato: insomma è proprio mediante questa « filologia vivente » che si creano le condizioni per « definire la forma finale di una democrazia completa, che non sia semplicemente una forma di Stato politico, ma un suo vero e proprio superamento »; una democrazia governante e non più solo governata (74).

Alla traccia elaborata per il convegno gramsciano in cui questi temi erano appena sfiorati, Pigliaru fece seguire la sfida di tradurre in aula quel particolare metodo; meglio, di riportare quel metodo nel suo luogo naturale, laddove Gramsci aveva potuto individuarlo e proporlo come modello da imitare nell'azione politica. Il progetto ebbe luogo nel mezzo della contestazione studentesca del '68, quando la spinta di una forte e sentita esigenza di riforma dell'insegnamento universitario, pareva chiudere piuttosto che riaprire i canali di comunicazione tra professori e studenti (75).

Il corso di Dottrina dello Stato ebbe inizio come riflessione più o meno ordinata sulla necessità di « fondare una didattica anche a livello universitario come un fatto di autogoverno, cioè affermare la necessità della didattica universitaria come didattica dell'autogoverno ». Niente di nuovo in questa idea, giacché essa era andata affermandosi da quasi un secolo nella cultura pedagogica. L'autogoverno in ogni caso richiedeva preliminarmente la giustificazione, per quanto possibile razionale, della presenza in classe di un professore. In tal senso Pigliaru intendeva la didattica dell'autogoverno « come didattica che presuppone un rapporto [...] maestro-scolaro

(74) A. PIGLIARU, *L'eredità di Gramsci e la cultura sarda*, cit., pp. 500-501.

(75) Sulla particolare articolazione del corso si veda soprattutto M. PULIGA, *Antonio Pigliaru. Cosa vuol dire essere uomini*, cit., pp. 222-238.

in termini di rapporto dialettico, reciproco, unitario, non arbitrario o autoritario » (76). Il discorso poteva essere dunque schematizzato in quattro punti: fondazione generale della didattica dell'autogoverno; giustificazione della presenza del professore nel rapporto didattico anche universitario; fondare quella didattica e giustificare questa presenza con la stessa logica; fondare tutto ciò sulla stessa logica con cui è possibile affermare il necessario passaggio dalla democrazia governata alla democrazia governante.

Pigliaru proponeva in aula un'analisi filologica delle tesi di *Marx su Feuerbach* rilevando le erronee traduzioni che avevano generato pregiudizi e interpretazioni distorte. Ciò accadeva soprattutto a proposito dell'idea di una filosofia della prassi intesa come « filosofia arrovesciante » e non già come « prassi che semplicemente rovescia », così come affermava Mondolfo, sulla scorta di una prima fuorviante traduzione di Gentile. E proprio l'*Umanismo di Marx* di Rodolfo Mondolfo era il testo adottato per gli studenti (77). Nelle *Tesi marxiane*, Pigliaru individuava il punto di approdo del pensiero contemporaneo « inteso come umanesimo e come storicismo » (78).

Il tratto rivoluzionario di tale filosofia, che concepisce se stessa nella sua dimensione storica, poteva essere compreso anche mediante la teologia paolina e non solo con il ricorso alle tradizionali fonti politiche, quali ad esempio Rousseau, lettura più consueta e banale per spiriti solidali con un'esigenza di trasformazione della realtà: « Quando san Paolo chiede ai cristiani 'smettete l'uomo vecchio, prendete l'uomo nuovo', non fa altro che chiedere al cristiano di rovesciare il proprio atteggiamento nei confronti di se stesso e insieme nei confronti della realtà. Il rivolgimento di sé in sé è per così dire il presupposto alla edificazione del regno di Dio per quella consumazione delle cose, che comunque, a prescindere dal piano

(76) A. PIGLIARU, *Il rispetto dell'uomo*, cit., p. 39 (lezione 6 novembre 1968).

(77) La riflessione di Mondolfo sul materialismo storico di Engels, come è noto, rappresentava per Gramsci, contrariamente a quanto ritenuto da Sorel, « l'indicazione di una via da seguire » (A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere* (Q 4 § 1), I, cit., pp. 420-421).

(78) A. PIGLIARU, *Il rispetto dell'uomo*, cit., p. 53 (lezione 11 novembre 1968).

religioso in cui il discorso di san Paolo è posto, è un modo di trasformare la realtà » (79).

Il movimento studentesco, indipendentemente dalla contestazione di una data società, ma limitatamente alle sue critiche rivolte alla didattica, scopriva dunque un'esigenza oggettiva di riforma dell'ordinamento universitario, divenuta ormai improcrastinabile. Essa portava « a livello universitario, con le sue contestazioni della didattica accademica e tradizionale, l'essenza stessa di tutta la pedagogia moderna [intesa] in quanto sviluppo coerente e completo di una concezione dell'uomo interamente fondata come prassi » (80). A suo giudizio esisteva un « blocco storico della filosofia moderna, dall'umanesimo allo storicismo », che si fondava sulla scoperta e progressiva affermazione dell'uomo come prassi. Ciò consentiva di ripensare la relazione professore-allievo come mutuo rapporto di soggetti attivi, in cui lo stesso educatore, per così dire, poteva essere educato. Accanto a tale esigenza giungeva la denuncia di ogni didattica che ha per presupposto un momento nel quale uno dei due termini « sia disumanizzato, cioè privato di quella soggettività che è propria dell'uomo in rapporto all'attività come attività umana » (81). Proprio in quanto essa si concretizzava nella realizzazione dei soggetti, non era pensabile alcuna didattica che non fosse anche pluralistica; non era pensabile cioè una didattica che non facesse propria la libertà degli insegnamenti. Pigliaru ritrovava il fondamento del pluralismo e di questa libertà nella già ricordata pagina gramsciana dedicata alla filosofia della prassi: la consapevolezza della provvisorietà, nell'esperienza storica, è di per sé garanzia del pluralismo in ambito scientifico e culturale (82). Ciò imponeva naturalmente di prendere in considerazione il problema della scienza come ricerca della verità. Libertà della scienza, così come libertà dell'insegnamento, affermava Pigliaru, significa innanzitutto « determinazione a non anticipare, a verificare, a sottostare ai risultati dell'esperienza »; significa anche la negazione di scientificità a qua-

(79) Ivi, p. 42 (lezione 6 novembre 1968).

(80) Ivi, p. 44.

(81) Ivi, p. 50.

(82) Ivi, p. 81 (lezione 17 novembre 1968).

lunque lavoro impostato su di una tesi preconcepita. In ambito schiettamente politico il rapporto tra « verità e politica », come già si è avuto modo di osservare in Gramsci, si presenta come il rifiuto di ridurre la verità ad altro: « La rivoluzione stessa », era l'ammoneimento che faceva ai suoi studenti, « non è rivoluzione se non è verità; [...] dire che si può scegliere la rivoluzione contro la verità quando la scelta [è] tra rivoluzione e verità, vuol dire che la rivoluzione non è la rivoluzione. Una rivoluzione che ponga l'alternativa con la verità non è rivoluzione. Quindi anche in questo senso, libertà di insegnamento è rifiutarsi di ridurre la verità ad altro [...] anche la politica (se la politica è verità) e la stessa rivoluzione (se è rivoluzione è verità), non può temere la verità »⁽⁸³⁾.

L'autenticità dei risultati e la consapevolezza della loro provvisorietà comportava comunque che il modo migliore per presentare il proprio lavoro scientifico fosse, come affermava Giuseppe Capograssi, la scrittura di una « lettera »: « Io scrivo con la speranza che un giorno o l'altro un giovane capiti in una bancarella, compri una copia del mio libro, lo fiuti e lo porti a casa per leggerlo come si legge una lettera »⁽⁸⁴⁾. In tal senso egli parlava della lezione accademica come di « una proposta ». Questa impostazione era naturalmente da intendersi in riferimento all'intero corso, durante il quale le singole lezioni sarebbero dovute essere, almeno per una loro parte cospicua, necessariamente nozionistiche e tecniche. Ciò perché, così come Gramsci, Pigliaru intendeva la rivoluzione in ambito accademico come la conquista di una didattica capace di formare, anche nei contenuti, una vera coscienza storica. Le difficoltà per raggiungere questo fine erano tali e tante, da richiedere tempi lunghi; non era ipotizzabile, per tutti, una magia come quella bene espressa dal verso di Montale: « 'Buffalo!' e il nome agì »⁽⁸⁵⁾. Fu una pagina tratta dal diario del suo amico Aldo Capitini, che lesse e commentò in classe, a mostrare quale pazienza fosse necessaria al raggiungimento del fine: « Dunque difficoltà per gli ostacoli esterni, difficoltà perché ci siano uomini degni e preparati. Queste difficoltà

⁽⁸³⁾ Ivi, p. 85.

⁽⁸⁴⁾ Ivi, p. 83.

⁽⁸⁵⁾ Ivi, p. 100 (lezione 27 novembre 1968).

non si vincono in un lampo o con un colpo di mano. Sono tornato al punto fondamentale: una nuova coscienza persuasa, se non vuole rompere facilmente, farà come il grano che per l'inverno e la neve spinge più nel profondo le sue radici »⁽⁸⁶⁾. Questo era anche l'aspetto più complesso da chiarire nell'aula.

Replicando a uno studente che gli rimproverava di esprimere unicamente una sua interpretazione del marxismo, una sua interpretazione della didattica, del pensiero contemporaneo, Pigliaru dichiarava⁽⁸⁷⁾:

Cosa vuol dire una sua interpretazione? Deve avere, per aver significato, solo un senso: che nelle mie lezioni manca ciò che neanche i Gentili fanno (anche i Gentili: il *Vangelo* ogni tanto dice questo: « non lo fanno neanche i Gentili »): quello di esporre obiettivamente e in modo asettico le dottrine. Qui non lo fa perfino la procedura civile, bene attenta a non interpretare nulla per non comprometersi: « c'è questo istituto, questa scuola sostiene A, questa scuola sostiene B, questa scuola sostiene C, noi col Chioevonda concludiamo che... ». Non è lo schema logico della scuola accademica questa falsa obiettività? Non è lo schema tradizionale della lezione cattedratica questa falsa e asettica obiettività che consente alla gente di passare pulita, senza bruciarsi, attraverso tutti gli incendi e tutti i regimi? Non è proprio l'Università che contestate questa? Bene, allora cosa vuol dire interpretazione? Debbo dire da un punto di vista metodologico, che non esiste un discorso scientifico che non sia una interpretazione [...]. Se siamo d'accordo nello scartare come obiettività scientifica quella falsa obiettività per cui anche i processualisti civili possono sembrare obiettivi perché espongono puntualmente tutte le dottrine, attenti a non comprometersi, debbo ricordarvi che l'obiettività della scienza non consiste nella compiutezza della esposizione. L'obiettività di una

⁽⁸⁶⁾ Ivi, p. 97. I legami tra Pigliaru e Capitini, oltre che dal cospicuo numero di lettere, alcune delle quali rievocate nel volume di M. PULIGA, *Antonio Pigliaru. Cosa vuol dire essere uomini*, cit., p. 105 e pp. 154-155; si possono apprezzare nel saggio di A. PIGLIARU, *Promemoria sull'obiezione di coscienza*, « Studi Saresi », 1, Giurisprudenza, XXXI, fasc. I-IV, 1967 (1968), pp. 9-75; poi in *Scritti in memoria di Widar Cesarini Sforza*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 637-661 e quindi in A. PIGLIARU, *Scritti di scienza politica*, cit., pp. 203-264. Sulla personalità e il pensiero di Aldo Capitini si rinvia a N. BOBBIO, *La filosofia di Aldo Capitini* e ID., *Religione e politica in Aldo Capitini*, in ID., *Maestri e compagni*, Firenze, Passigli, 1984, rispettivamente a pp. 239-260 e 261-299; P. POLITO, *L'eresia di Aldo Capitini*, prefazione di N. Bobbio, Aosta, Stylos, 2001; M. PONI, *Al servizio dell'impossibile. Un profilo pedagogico di Aldo Capitini*, Milano-Firenze, RCS-La Nuova Italia, 2005. Un'ampia bibliografia è reperibile nel sito www.aldocapitini.it, a cura dell'« Associazione Nazionale Amici di Aldo Capitini » con sede a Perugia.

⁽⁸⁷⁾ A. PIGLIARU, *Il rispetto dell'uomo*, cit., pp. 114-115 (28 novembre 1968).

proposizione, cioè la scientificità di una proposizione (perché la obiettività è sempre da verificare) è legata al protocollo di verifica e alla ripetibilità della esperienza [...]. Cioè una proposizione è scientifica solo quando nel momento stesso in cui si pronuncia, dà, indica gli strumenti per la propria verifica.

In tal senso il modello suggerito da Gramsci trovava il suo compimento in un corso, che in quanto riflessione sul rovesciamento di una prassi, si proponeva a suo modo come rivoluzionario. La lezione del 9 dicembre fu quella in cui il discorso della possibile applicazione della disciplina universitaria alla realtà politica e istituzionale emerse con maggiore efficacia, ritrovando nel contesto del corso accademico il suo luogo naturale ⁽⁸⁸⁾:

Il rapporto didattico si pone come rapporto di libertà tra uomo e uomo e quindi: 1) Riconosce senza scandalo il fondamentale pluralismo della cultura: i pluralismi della cultura cambiano a seconda della struttura della società; 2) Riconosce senza scandalo nel docente, in quanto uomo, un possibile portatore di ideologie; 3) Indica altresì nel rispetto didattico e morale dell'altro il limite stesso della propria libertà di ideologo; 4) Riconosce nell'altro il portatore presente o futuro di un'altra ideologia, e intanto; 5) Lo costituisce come una prospettiva immediatamente critica del proprio sapere ideologico (lo scolaro come prospettiva critica del sapere ideologico del maestro) e questo è un punto che segnalerei [...], perché anche questo è un modo di avvicinarsi al problema dell'Università come Università critica; 6) Pone così lo scolaro come ipotesi di superamento e innanzitutto di verifica: ed ecco perché mi sono sempre riferito nelle lezioni al fondamento di questa didattica, alla filosofia della prassi come fondamento di questa didattica la quale non può non porre lo scolaro come ipotesi di verifica e innanzitutto come ipotesi di superamento; 7) Responsabilizza negli stessi termini docente e scolaro; 8) Determina quel salto qualitativo della scuola che si esprime nel passaggio inevitabile dalla inevitabilità di una scuola ideologica, trasmissione passiva del saputo cioè del sistema, alla possibilità di una scuola metodologica, verifica critica nel senso di verifica critica di tutto il sistema e revisione in atto di tutto il saputo. Qui ho segnato un appunto molto breve che mi limito ad enunciare: la scuola metodologica come scuola democratica aperta e non dogmatica, esercizio attivo di un autentico rapporto di libertà. E, a questo punto, per una breve rivendicazione di alcuni aspetti che sono spesso mistificati e che sono anche mistificatori nella didattica universitaria tradizionale ma non perciò falsi (sono mistificatori perché sono mistificati). Avevo segnato nella pagina di fronte due importanti pensieri di Gramsci circa la disciplina universitaria, pensieri, dovrei dire, rivoluzionari se non ci fosse in sospeso il discorso sulla rivoluzione e su ciò che è rivoluzionario. Due importanti pensieri rivoluzionari di Gramsci sulla disciplina universitaria, considerata in un suo momento più tradizionalista e meno rivoluzionario, cioè più metodologico. Sono due

⁽⁸⁸⁾ Ivi, pp. 122-123 (lezione 9 dicembre 1968).

frammenti tratti dal volume su *Gli intellettuali e l'organizzazione della cultura*. Il primo richiama l'attenzione sul fatto che la disciplina universitaria, di una università come scuola di metodo con rigore filologico (chi di voi abbia studiato Gramsci non può ignorare e non deve dimenticare l'estremo rigore filologico con cui Gramsci ha sempre lavorato: da giovane, cioè da universitario, mentre era direttamente impegnato nella politica, mentre era costretto al silenzio nel carcere e ripensava a tutti i termini del proprio pensiero), la disciplina universitaria deve essere considerata come un tipo di disciplina per la formazione intellettuale valida anche per le istituzioni non universitarie in senso ufficiale e direi abbastanza importante anche se è uno dei punti più trascurati della cultura contemporanea.

Ai suoi studenti Pigliaru ricordava che la riforma universitaria avrebbe dovuto considerare il tesoro perduto della rivoluzione, non già la sua superficie, e quel tesoro, per lui, andava recuperato innanzitutto nella lezione di Gramsci.

MARCO PASTORELLI

LA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA NEL PENSIERO GIOVANILE DI MASSIMO SEVERO GIANNINI

1. Premessa. —
2. Pluralità degli interessi pubblici, discrezionalità e interpretazione. —
3. La discrezionalità come “libertà limitata positivamente”: la questione dei limiti giuridici dell’agire discrezionale. La lettura sovrapposta delle monografie del 1939. —
4. La pubblica amministrazione come potere autonomo. La vicenda europea e italiana. Zanobini, le invenzioni della giurisprudenza e la polemica tra Giannini e Mortati. —
5. La fortuna della nozione gianniniana.

1. *Premessa.*

La monografia del 1939 su *Il potere discrezionale* costituisce, ad un tempo, il contributo più rilevante del pensiero giovanile di Giannini alla revisione della dogmatica amministrativistica e una sintesi esemplare delle direttrici metodologiche e problematiche illustrate nei *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*. La teoria della discrezionalità nasce, infatti, dall’osservazione diretta del « mondo reale delle amministrazioni pubbliche »⁽¹⁾ e da un’analisi attenta della giurisprudenza⁽²⁾, andando a interessare quel settore dei rapporti interni ai pubblici poteri che la scienza

(1) « Scoprire nuove problematiche era possibile in quanto ci si impegnasse in precise analisi giuridiche del mondo reale delle amministrazioni pubbliche » (M.S. GIANNINI, *Postilla* alla ripubblicazione dei *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », II, 1973, p. 270).

(2) « Benché quest’opera sia di carattere prevalentemente dogmatico, essa trae ispirazione direttamente da un insieme di decisioni giurisprudenziali, che avevo scelto per le esercitazioni pratiche svolte insieme al corso di diritto amministrativo nella R. Università di Sassari » (Id., *Avvertenza a Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939, ora in Id., *Scritti*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2000).

amministrativistica degli anni Trenta aveva, a detta dell'autore, colpevolmente trascurato ⁽³⁾.

Nelle pagine che seguono forniremo, anzitutto, un'esposizione sintetica della concezione gianniniana della discrezionalità (par. 2), cercando di caratterizzarne il profilo strutturale e funzionale rispetto alle figure limitrofe concernenti l'applicazione del diritto, ovvero l'interpretazione, l'accertamento del fatto e la discrezionalità tecnica. Si tratterà, quindi, di illustrarne nel dettaglio il nucleo dogmatico più rilevante (par. 3), costituito dalla definizione dei limiti giuridici dell'agire discrezionale, dalla ricostruzione del rapporto tra funzione amministrativa e interpretazione della legge, dalle forme del sindacato di legittimità. Su tutti questi temi, considerato che « lo studio sul potere discrezionale venne su quasi in parallelo con quello dell'interpretazione » ⁽⁴⁾, un'attenzione specifica sarà riservata alla monografia, sempre del 1939, su *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, dalla quale si possono trarre importanti indicazioni sia per quanto riguarda la lettura del rapporto tra discrezionalità ed ermeneutica giuridica, sia per ricostruire il nesso tra l'attività amministrativa e la legge. Una volta tracciato il profilo teorico della sintesi

⁽³⁾ Notissimi i rilievi dell'autore sui difetti della problematica amministrativistica, ritenuta « scarsissima, per non dir quasi nulla » su alcuni settori fondamentali, quali « il funzionamento dei poteri nei loro rapporti interni » e « l'attività e la posizione degli amministratori di fronte alle pubbliche amministrazioni » (Id., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, prolusione al corso di diritto amministrativo pronunciata il 26 febbraio 1940 nella R. Università di Sassari, ora in Id., *Scritti*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2002, p. 161).

⁽⁴⁾ Id., *Discrezionalità amministrativa e pluralismo*, intervista a M.S. Giannini a cura di Marco D'Alberti, in « Quaderni del pluralismo », II, 1984, p. 104. È sempre Giannini a ricordare come « dall'argomento di studio, l'interpretazione », fosse « ogni momento catapultato fuori, in territori calmi e vicini del mondo giuridico, ma anche in territori dissueti, lontani e selvaggi », quali « la norma in bianco, le lacune, le norme derivate dall'opera del giudice e dall'*opinio doctorum*, i poteri nomopoietici del giudice, dell'amministratore e del soggetto privato in esercizio di autonomia privata, il controllo giudiziale della nomopoiesi legislativa, e così via »: tutti problemi che lo colpirono, tanto da spingerlo a « metter da parte il relativo materiale », fino ad avere « tutto pronto per metter[si] a studiare la discrezionalità » (*ibidem*, corsivo dell'autore). Per ulteriori notizie sulla genesi delle due monografie si veda S. CASSESE, *Le prime opere di Massimo Severo Giannini*, in GIANNINI, *Scritti*, vol. I, cit., pp. IX-XIV.

gianniniana, sarà possibile analizzarne la rilevanza dal punto di vista ideologico (par. 4), ovvero in relazione alla forma di Stato prefigurata dall'autore e al ruolo costituzionale che questi intendeva riservare all'amministrazione a seguito delle profonde trasformazioni cui era andato incontro l'ordinamento italiano negli anni Venti e Trenta: sarà questa la sede ove procedere ad un breve *excursus* sulle concezioni della discrezionalità amministrativa emerse nel dibattito dottrinale italiano ed europeo del primo Novecento, al fine di evidenziare gli elementi di novità, ovvero di continuità, presenti nella monografia su *Il potere discrezionale*.

Per ultimo, affronteremo il tema della 'fortuna' incontrata dallo studio giovanile di Giannini (par. 5), seguendo un percorso che, dalla fine degli anni Trenta, si snoderà all'interno della cultura giuridica italiana fino alla metà degli anni Sessanta: un percorso che occupa più di un terzo di secolo, attraversa ben tre generazioni di studiosi⁽⁵⁾ e, con la progressiva affermazione dei principi costituzionali in materia di pubblica amministrazione, segna il lento ma definitivo superamento dei modelli teorici e ideologici del primo Novecento.

2. *Pluralità degli interessi pubblici, discrezionalità e interpretazione.*

La teoria proposta da Giannini nel 1939 nasce da una precisa concezione dello Stato, da cui la discrezionalità discende come una

(5) Infatti, in questo periodo escono di scena tutti i maestri della seconda generazione (la generazione degli Zanobini, Romano, Forti, Donati), mentre l'insegnamento è affidato ai giuristi della terza generazione, quella formatasi nel corso degli anni Trenta (tra cui Giannini, Benvenuti, Sandulli, Miele, Guicciardi, Gasparri, Amorth, Giuseppe Codacci Pisanelli); infine, tra la metà degli anni Cinquanta e l'inizio degli anni Sessanta comincia ad emergere una quarta generazione di giuspubblicisti (tra cui Casetta, Spagnuolo Vigorita, Bassi, Falzone, Barile, Allegretti, Bachelet, solo per citarne alcuni), le cui sistemazioni risentono, per la prima volta, della riflessione compiuta sui principi della Costituzione repubblicana. Ci discosteremo, in parte, dalla classificazione proposta da Sabino Cassese in *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971, p. 110 e nt. 14, avendo preferito adottare non il criterio della data di nascita e neppure quello della data di accesso all'insegnamento universitario (come professore straordinario) ma, piuttosto, quello dell'inizio delle pubblicazioni di tipo monografico.

conseguenza strutturale oltre che funzionale: « noi riteniamo », affermava l'autore in un noto passaggio de *Il potere discrezionale*, « che la necessità della discrezionalità si debba fondare anche giuridicamente sulle caratteristiche intrinseche del sistema di organizzazione statale odierno: la distribuzione della cura degli interessi assunti come fini dallo Stato tra i vari organi dell'amministrazione, implica che ciascun interesse sia attribuito a un organo o a un gruppo organizzato di organi fra cui viene ridistribuito in vario modo. Distribuzione non significa però ripartizione in compartimenti chiusi, poiché un determinato interesse pubblico *non esiste mai isolato nel mondo sociale*; assegnando la cura di quest'interesse a un organo, gli si deve allora permettere anche di tener conto di altri interessi che con quello concorrono o che a quello accedono. Di qui la necessità della discrezionalità » (6).

La visione "multifinale" dell'organizzazione statale « si presenta fin dall'inizio come una vera e propria teoria dello Stato » volta a superare il rigido monismo statale ereditato dalla tradizione pandettistica, per giungere al riconoscimento che, con la pubblicizzazione degli interessi economici e sociali realizzatasi nel primo scorcio del Novecento, l'ordinamento statale ha assunto una pluralità di fini, i quali possono rapportarsi, nel caso concreto, anche in maniera antagonista o conflittuale (7).

È agevole riconoscere, in questa rappresentazione dello Stato moderno, uno sviluppo delle intuizioni contenute nel saggio romano del 1930 su *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato*, in cui si ammetteva la possibilità di un contrasto « istituzionale e necessario » tra gli interessi pubblici (8).

(6) GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 77, corsivo dell'autore.

(7) Cfr. CASSESE, *Giannini e la rinascita del diritto amministrativo*, in « Giornale di diritto amministrativo », III, 1997, p. 584. Pur avviando « la rottura del monismo dello Stato » e determinando la profonda trasformazione nell'ordinamento amministrativo italiano, la nascita dello Stato multifinale non approderà, nel corso degli anni Trenta, ad un autentico pluralismo giuridico e istituzionale, fenomeno per il quale bisognerà attendere il secondo dopoguerra (così GIANNINI, *Discrezionalità amministrativa e pluralismo*, cit., pp. 108-109).

(8) S. ROMANO, *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato* (1931), ora in ID., *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, vol. II, Milano, Giuffrè, 1950, p. 303.

Tuttavia, rileva notare come per Santi Romano il conflitto tra gli interessi pubblici fosse ammissibile solo nei rapporti fra i cosiddetti “soggetti di autarchia”, mentre all’interno dello Stato « i rumori della lotta » erano destinati a « scomparire, in nome del temperamento e della armonizzazione degli interessi pubblici, che rimangono subordinati e quelli generali dello Stato »⁽⁹⁾. Al contrario, nella concezione di Giannini, il conflitto tra gli interessi diventa un elemento strutturale dell’intera organizzazione statale, nella quale non vi è più spazio per un interesse superiore, astratto e precostituito, di cui sia titolare lo Stato-persona, ma vi sono soltanto interessi pubblici formalizzati da leggi e assegnati, istituzionalmente, alla cura di organi o gruppi organizzati di organi. Più precisamente, Giannini denomina « interesse essenziale » l’interesse attribuito alla « cura funzionale » dell’organo cui spetta l’esercizio del potere nel caso concreto e « interessi secondari » tutti gli altri interessi che, pur assegnati alla competenza di altre autorità, « in concreto atteggiano l’interesse fine (interesse essenziale), facendone variare il valore in più o in meno »⁽¹⁰⁾.

La multifinalità dell’ente Stato si riflette sull’esercizio della funzione, rendendo necessaria la previsione di un « margine libero », tale da consentire all’autorità procedente di valutare gli interessi coinvolti nell’esercizio del potere⁽¹¹⁾: in questo margine si colloca la discrezionalità amministrativa, che consiste pertanto — da un punto di vista che definiremmo *oggettivo* — nella « comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che con-

⁽⁹⁾ CASSESE, *L’opera di Massimo Severo Giannini negli anni trenta*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XX, 1990, p. 427. Infatti, affermava Romano che « il concetto di autarchia non si può esattamente e compiutamente formulare se non si fa il debito posto anche all’interesse dello Stato. Questo interesse non può mancare, sebbene possa non coincidere con quelli particolari del soggetto di autarchia. Anzi, l’interesse diverso del primo è, in tali casi, superiore ai secondi, che ne restano limitati e frenati » (ROMANO, *Gli interessi dello Stato e gli interessi dei soggetti autarchici*, cit., p. 304).

⁽¹⁰⁾ GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 79.

⁽¹¹⁾ « Solo col lasciare un margine libero all’autorità si rende possibile la ponderazione stessa dell’interesse che a quella è affidato come cura, una volta che tale interesse, per una nota legge sociologica, in tanto esiste, in quanto vi sono altri interessi cui ordinarlo » (ivi, p. 77).

corrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie » (12).

Da un punto di vista, invece, *soggettivo*, la discrezionalità assume una duplice natura: intellettuale e volitiva. Il momento intellettuale precede logicamente la volizione ed « è preponderante, in quanto in esso si penetra e si soppesa il valore dei molteplici interessi concorrenti in una concreta situazione di fatto ». La ponderazione degli interessi segue criteri di vario genere, trattandosi di regole desunte dalle scienze morali, dalle scienze sociali, di regole della buona amministrazione o della correttezza amministrativa, di regole tecniche, nonché, infine, di « principi della politica, ossia [di] quei criteri normativi desunti dall'indirizzo politico contingente » (13). Per altro, « tale corpo di regole non contempla tutta la discrezionalità nelle sue specie svariatissime », essendovi molto spesso « dei margini in cui unico criterio è la prudente assennatezza dell'autorità », onde l'autore reputava « eccessive le opinioni che ritengono tutto il campo discrezionale disciplinato da tali regole, o, peggio, da alcuni tipi di esse » (14). Laddove tali regole sussistano, esse sono, secondo Giannini, in ogni caso regole non giuridiche e « non possono aver rilievo diretto che in un giudizio di merito. Ove questo non ci sia, la loro osservanza rimane incontrollabile »: coerentemente con questo assunto, « l'autorità, nell'esercitare il potere discrezionale, può giungere a più soluzioni possibili », tutte parimenti legittime (15).

Per quanto concerne, invece, la sostanza volitiva della discrezio-

(12) Ivi, p. 74.

(13) Ivi, pp. 81, 82. Numerose perplessità circondavano, in verità, la nozione di "indirizzo politico", che l'autore considerava « scientificamente tuttora ignota » (ivi, p. 84). Aderendo all'opinione allora espressa dal Crisafulli (*Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in « Studi Urbinati », XIII, 1939, pp. 53-72), Giannini riteneva che le direttive d'indirizzo politico avessero natura non giuridica e che, pertanto, la loro inosservanza potesse essere sindacata solo in un giudizio di merito.

(14) GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 83. L'autore si riferiva qui alla tesi esposta da Costantino Mortati nella monografia del 1935 su *Volontà e causa nell'atto amministrativo e nella legge*, ora in Id., *Raccolta di scritti*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 471-613 (su cui, estesamente, cfr. *infra*, par. 4).

(15) GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., pp. 83, 91.

nalità, una volta individuati, selezionati e ponderati gli interessi implicati nell'esercizio del potere, « la fissazione » del loro valore determina « un'attività volitiva, in quanto l'autorità si pone come regola la scala dei valori da sé stessa fissati, e su questa determina l'atto amministrativo in concreto nei singoli punti per i quali la legge le attribuisce potere discrezionale » (16). Pertanto, la natura volitiva della discrezionalità va apprezzata sotto due punti di vista. Anzitutto, essa si manifesta nella scelta che l'autorità compie tra le varie soluzioni che si sono prospettate durante la fase intellettuale: la decisione dell'amministrazione fissa il valore comparativo degli interessi concorrenti, secondo l'assetto ritenuto più conveniente alla realizzazione dell'interesse pubblico nel caso concreto.

L'altro aspetto volitivo concerne, invece, l'idoneità dell'atto amministrativo a produrre effetti giuridici esterni, che formalizzano il regolamento di interessi stabilito con la scelta discrezionale. Gianini parla in proposito di « proposizioni giuridiche », costituite dal « contenuto logico di quanto è posto da una volontà in un atto giuridico » e che assumono l'attributo dell'originarietà, in quanto « traggono la loro fonte, giuridicamente, dalla volontà stessa dell'agente », ma non quello della creatività, « in quanto non ogni regola imposta da una volontà [...], è una norma giuridica in senso proprio » (17). In sostanza, sulle orme di Santi Romano, l'autore negava che l'esercizio del potere discrezionale potesse generare vere e proprie norme giuridiche, « altrimenti si arriverebbe a questo assurdo, che essendo la norma giuridica elemento costitutivo dell'ordinamento giuridico, ogni volontà discrezionale verrebbe a modificare la costituzione dell'ordinamento giuridico » (18): rimane l'effi-

(16) Ivi, p. 80.

(17) Ivi, pp. 96-98, *passim*.

(18) Ivi, p. 96. Santi Romano aveva insegnato che, ai fini della normatività, era decisivo il « valore [...] costitutivo o meno [...] dell'ordinamento giuridico » (ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1928, p. 254). Invece, di diverso avviso erano il Biondi, che vedeva nella discrezionalità il « *potere attribuito ad un soggetto, o ad un organo, di produrre una norma giuridica* » (P. BIONDI, *La teoria generale della discrezionalità nella dottrina dello Stato moderno*, in « Nuovi studi di diritto, economia e politica », VI, 1933, p. 213, corsivi dell'autore), e Mortati, secondo cui « il potere discrezionale [...] è potere di produzione di norme giuridiche » (MORTATI, *Note sul potere*

cia prescrittiva del regolamento d'interessi stabilito col provvedimento, ma l'esercizio del potere discrezionale non produce norme costitutive del diritto oggettivo, bensì soltanto proposizioni giuridiche puntuali e concrete.

Comunque, l'idoneità a produrre effetti giuridici esterni confermava « che l'atto giuridico [...] in cui è esercitato un potere discrezionale non può essere che una manifestazione di volontà in senso stretto, e quindi non potrà parlarsi di discrezionalità nelle manifestazioni di scienza, di opinione, di sentimento ecc. ». Pertanto, restavano « esclusi dalla discrezionalità quei provvedimenti ove esiste un margine libero, ma di natura, si può dire, meramente intellettuale », e cioè « i pareri, le proposte, gli attestati politici, ecc., perché rispettivamente manifestazioni di opinione, di desiderio, di scienza » (19). Nello studio del 1939 non vi sono ulteriori approfondimenti circa l'efficacia esterna tipica dell'atto amministrativo: le intuizioni contenute ne *Il potere discrezionale* saranno sviluppate dieci anni più tardi nelle *Lezioni di diritto amministrativo*, dove Giannini approderà ad una compiuta teoria del provvedimento (20).

Dunque, a livello dogmatico la discrezionalità si delineava come quell'attività, ad un tempo intellettuale e volitiva, che consente al potere discrezionale di tradursi in un regolamento d'interessi avente efficacia giuridica esterna: essa « è una necessità per la attività amministrativa di cui forma l'intima sostanza » (21).

Così, Giannini poteva distinguere la discrezionalità amministrativa da tutte quelle figure in cui il diritto « lascia margini alla determinazione individuale dell'agente giuridico », ma che « differiscono sempre dal margine discrezionale, o perché si tratta solo di attività

discrezionale (1936), ora in Id., *Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1972, p. 1000).

(19) GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., pp. 98, 99.

(20) Il provvedimento amministrativo viene definito nel 1950 come la « manifestazione di volontà in senso stretto », avente la funzione « di puntualizzare in un caso concreto i rapporti autorità-libertà » (Id., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, citazioni alle pp. 306 e 290). Sull'evoluzione e la fortuna della teoria gianniniana del provvedimento si veda B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, spec. pp. 151-246.

(21) GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 166.

di giudizio, o perché solo di forme di agire in limiti negativi »⁽²²⁾. Erano questo sforzo definitorio, questa *actio finium regundorum* nei confronti delle figure concettuali limitrofe, l'obiettivo teorico di un'indagine condotta con estremo rigore metodologico e che spingeva il giovane autore a prendere posizione contro « quei movimenti i quali cercarono di reagire al logicismo giuridico e all'esclusivismo della legge », ma il cui unico risultato fu quello di mettere « in un solo calderone interpretazione, analogia, potere discrezionale, fonti del diritto, ricerca del diritto, equità e talora iniquità del diritto positivo, scienza giuridica, sentimento sociale ecc. »⁽²³⁾.

Queste figure, confinanti con la discrezionalità, nelle quali per Giannini si sostanzia il procedimento di applicazione del diritto, sono costituite dall'interpretazione, dall'integrazione e dalla qualificazione giuridica del fatto.

In dissenso con le tendenze emerse in Europa nei primi decenni del Novecento e tese a recuperare la funzione creativa dell'ermeneutica giuridica, Giannini non esitava a riaffermare i principi moderni dell'interpretazione 'mitizzati' a partire dall'Illuminismo politico-giuridico⁽²⁴⁾, la « natura ricettiva, inattiva, non produttiva

(22) *Ibidem*.

(23) *Id.*, *L'analogia giuridica* (1941), ora in *Id.*, *Scritti*, vol. II, cit., p. 195.

(24) Il riferimento è naturalmente a P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005. A detta di Giannini, dalle teorie del Kohler (*Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin, Heymanns, 1904-1906) e del Géný (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Chevalier-Maresco, 1899), considerate comunque « delle mete raggiunte per gli sviluppi dell'interpretazione della legge » (GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939, ora in *Id.*, *Scritti*, vol. I, cit., pp. 15-16), « provennero almeno tre atteggiamenti diversi » (ivi, p. 16), che ebbero rispetto all'interpretazione « l'effetto negativo di inserirvi ogni sorta di nozioni estranee, di cui anche oggi non riusciamo a liberarci » (ivi, p. 20). Anzitutto, la dottrina del cosiddetto metodo storico-evolutivo, propugnata in particolare dal Saleilles, la quale « non fa che empiricamente rilevare un fenomeno, al quale poi, con brusco salto, viene ad assegnare valore deontologico » e di cui non sono chiari « né la ragione, né i limiti » (ivi, p. 16). Nettamente negativo era poi il giudizio sulla « Scuola del diritto libero », « che è fra tutte la più nota, ma certo la più confusa e meno interessante » (ivi, p. 18). Infine, parimenti critica era la valutazione della *Interessenjurisprudenz*, la quale « benché cronologicamente risalga alla fine del secolo scorso, non riuscì allora a farsi distinguere nella massa delle stravaganti dottrine esteriormente simili » e che « si può rovesciare con la semplice osservazione che nella legge lata è già contenuta la ponderazione

ciò è di nuove situazioni, ma ricognitiva dell'esistenza di quelle già in atto, potrebbe quasi dire dichiarativa » del procedimento interpretativo ⁽²⁵⁾. Costituendo uno dei momenti del processo di applicazione del diritto, l'interpretazione si risolve in un'attività meramente intellettuale: a differenza di quanto avviene nella ponderazione discrezionale degli interessi essa risulta, infatti, « disciplinata dal diritto nel senso che questo le pone dei limiti formali: per il resto essa è tecnica. [...]. In quanto poi tale tecnica è usata a determinare scientificamente un fatto, essa non tollera di essere commisurata al criterio di opportunità: non esiste interpretazione più o meno adatta, ma una sola interpretazione esatta » ⁽²⁶⁾.

Invece l'integrazione, (che comprende, secondo Giannini, l'analogia legis e l'analogia iuris), « è l'operazione in cui si cerca una proposizione giuridica, onde completare una volontà insufficientemente manifestata [...]. È questa la differenza fondamentale dall'interpretazione, che consiste nell'intendere la portata giuridica di una volontà, ed è recettiva, essendo invece l'integrazione il completamento di un atto insufficiente nei rispetti dell'elemento volontà, cioè innovativa » ⁽²⁷⁾. Ma neanche l'integrazione, seppure attività

degli interessi che intervengono nei rapporti umani, e che questi non esistono, come nozioni *giuridicamente* separate » (ivi, pp. 32, 33, corsivo dell'autore). Per quanto riguarda le dottrine di Gény e Saleilles si veda GROSSI, *Ripensare Gény*, in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 143-192; ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, ivi, pp. 193-261; sull'influenza delle dottrine antiformalistiche d'Oltralpe nella dottrina italiana d'inizio secolo si vedano i contributi di P. COSTA, *L'interpretazione della legge: Francois Gény e la cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XX, 1991, pp. 367-495; GROSSI, *Scienza giuridica italiana, un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, in particolare pp. 102-108, 146-149; R. GUASTINI, *Due studi sulla dottrina dell'interpretazione nei giuristi italiani del primo Novecento*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », VII, 1977, pp. 115-135. Per la dottrina più risalente, si segnalano le rassegne critiche di F. BATTAGLIA, *L'interpretazione giuridica nella moderna letteratura francese*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », IX, 1929, pp. 185-237, 376-413 e di F. OLGIATI, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Milano, Vita e Pensiero, 1943, spec. pp. 262-430.

⁽²⁵⁾ GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 68.

⁽²⁶⁾ Ivi, pp. 61-62.

⁽²⁷⁾ Ivi, p. 87.

essenzialmente volitiva, dà mai luogo ad una sfera dispositiva libera, poiché « l'apporto soggettivo di chi completa la norma consiste qui nell'abilità di rimuovere i ragionamenti e gli argomenti che darebbero luogo a ragionamenti errati: cosa non sempre agevole; ma la soluzione esatta, una volta stabilito l'*ordo argumentorum* giusto, è una sola » (28).

A maggiori difficoltà dava luogo la definizione del « margine proprio dell'accertamento del fatto » nei casi in cui la legge si limita a stabilire « il *nomen* di un concetto, senza determinarne i caratteri essenziali, oppure determinandoli in modo generico », e rinvia, ai fini del giudizio classificatorio, « a regole di discipline tecniche, o a criteri sociali o delle c.d. scienze morali » (29): l'applicazione di tali regole indica l'unica qualificazione corretta del fatto, per cui, neppure in questi casi, è possibile parlare di discrezionalità pura, « mancando l'opportunità, la libertà limitata positivamente, l'atto di volontà » (30).

Una delle forme di accertamento del fatto più rilevanti per il diritto amministrativo è costituita dalla discrezionalità tecnica, che concerne appunto la valutazione dei fatti complessi (31). Aderendo all'opinione allora prevalente, Giannini afferma che « la discrezionalità tecnica va intesa non in relazione all'interesse pubblico, ma in relazione alle regole, agli insegnamenti delle discipline tecniche, mentre la discrezionalità in senso proprio va intesa in relazione al solo pubblico interesse »; ne consegue che « nella discrezionalità

(28) ID., *Il potere discrezionale*, cit., p. 69. Sull'argomento si veda più estesamente ID., *L'analogia giuridica*, cit., e ID., *L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie* (1941), ora in ID., *Scritti*, vol. II, cit., pp. 261-326, dove l'autore invitava ad abbandonare « la vieta idea che l'analogia sia creazione di norme *ex nihilo*: essa non crea nulla, in quanto è semplice sviluppo normativo di principi i quali, in quanto esistono in un dato ordinamento, necessariamente hanno già di per loro stessi un valore normativo » (ivi, p. 306, corsivo dell'autore).

(29) ID., *Il potere discrezionale*, cit., pp. 69-70, *passim*. « La legge ad esempio parla di diligenza del buon padre di famiglia: si può dire tale quella usata nei casi *a, b, c?* [...]. Altri esempi sono dati dai concetti di buona fede, di causa turpe, di parola ingiuriosa » (*ibidem*).

(30) Ivi, p. 70.

(31) Secondo la classica definizione datane da Federico Cammeo nel *Corso di diritto amministrativo*, Padova, La Motolototipo, 1911, p. 405.

tecnica, attraverso gli insegnamenti delle discipline tecniche, resta determinato con scientifica precisione il modo in cui l'autorità dovrebbe agire » (32).

La fattispecie non dà quindi luogo, secondo Giannini, ad alcun margine libero di valutazione, né, tantomeno, di volizione, risolvendosi nella determinazione dell'unica soluzione possibile: quella tecnicamente esatta (33).

Una prima, immediata, ma anacronistica lettura, che non tenesse conto della determinatezza storica di testi e contesti, di un libro e di un autore che scrive in Italia nel 1939, potrebbe qualificare come garantista questa nozione di discrezionalità tecnica. Ma così

(32) GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., pp. 42 e 43. Si tratta della tesi del Ranalletti, per cui l'attività tecnica e quella amministrativa di distinguono per il fatto che solo nella seconda vi sarebbe una valutazione discrezionale (e quindi insindacabile) dell'interesse pubblico (cfr. O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, Pièro, 1912, p. 359). Aderivano a questa dottrina U. BORSI, *Corso di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, Macerata, Giorgetti, 1914, p. 20; A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, Athenaeum, 1917, p. 162 nt. 4; M. LA TORRE, *Le questioni fondamentali della Giustizia Amministrativa. Il potere discrezionale e l'apprezzamento sindacabile delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Anonima libreria italiana, 1927, pp. 34-35; A. RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, I, Padova, Cedam, 1927, pp. 45-47; G. M. DE FRANCESCO, *Potere discrezionale della pubblica amministrazione e azione giudiziaria*, in « Foro di Lombardia », I, 1931, pp. 516-526, spec. p. 521; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1936, pp. 97-98. L'opinione godeva, inoltre, del conforto della giurisprudenza: possono vedersi, in tal senso, almeno Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 1938, in « Il Foro amministrativo », XV, 1939, I, 1, c. 40 e Cons. Stato, sez. IV, 11 gennaio 1939, in « Il Foro amministrativo », XV, 1939, I, 1, c. 44. Minoritaria era rimasta, invece, la posizione del Cammeo e del Presutti, per cui l'unica differenza rilevabile tra la discrezionalità tecnica e quella amministrativa stava nel fatto che, pur essendo entrambe implicate nella valutazione dell'interesse pubblico, la prima è regolata da « norme imprecise », la seconda, invece, non è soggetta ad alcuna norma (cfr. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., pp. 405-406; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in « Giurisprudenza italiana », LXII, 1910, IV, cc. 45-49); sulle posizioni di questi autori si allinearono, in seguito, C. VITTA, *Diritto amministrativo*, vol. I, Torino, Utet, 1933, pp. 271-274 e R. ALESSI, *Sul concetto di attività discrezionale della Pubblica Amministrazione*, in « Il Foro amministrativo », XI, 1935, IV, cc. 62-74.

(33) « Nell'apprezzamento proprio della discrezionalità tecnica i criteri al lume dei quali si scelgono gli strumenti sono criteri scientifici, donde l'univocità della soluzione » (GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 73; stesso concetto ribadito in ID., *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 110).

compirebbe solo un errore di proiezionismo storico. La definizione di Giannini non limita affatto la libertà dell'amministrazione: al contrario, il suo risultato pratico è quello di ricondurre qualsiasi apprezzamento tecnico nell'ambito della discrezionalità pura (e, pertanto, dell'insindacabilità), solo che intervenga nella fattispecie la valutazione dell'interesse pubblico⁽³⁴⁾. Del resto, anche nelle opere successive, tenuta ferma la necessaria corrispondenza tra discrezionalità e giudizio di opportunità, il concetto stesso di "discrezionalità tecnica" continua ad apparire solo un fastidioso ossimoro, solo « un errore storico della dottrina »⁽³⁵⁾, visto che l'unica distinzione logicamente possibile rimane quella tra accertamento e apprezzamento, tra attività tecnica (sindacabile) e discrezionalità amministrativa (insindacabile).

⁽³⁴⁾ Sosteneva infatti Ranelletti che « la questione tecnica per sé non può essere confusa con quella amministrativa, né trattata come questa; ma può e deve essere trattata come questa solo quando nel caso, di cui si tratta, la questione tecnica e così collegata con quella amministrativa, che la discussione sulla prima influisce e pregiudica la seconda » (RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., p. 359; dello stesso tenore le considerazioni di RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, cit., p. 47). Seguiva, del resto, questo ragionamento, il noto esempio fornito da Giannini ne *Il potere discrezionale*, dove l'autore ipotizzava che, « prodottasi una lesione in un edificio [...], l'Ufficio tecnico comunale [...], scegliendo la soluzione scientifica, altro non potrà dire se non che l'edificio deve essere sgomberato ». Qualora intervengano, però, nella fattispecie, anche interessi pubblici, « il Podestà » potrà ritenere « che l'interesse storico, artistico, culturale, di prestigio e decoro, va[da] collocato avanti agli interessi economici, tecnici, dei traffici: infatti l'edificio è opera del Bramante, contiene collezioni e affreschi di grande valore, vi abitò il personaggio X: dunque si puntelli fortemente per poi ripararlo [...]. Vi sono quindi due esigenze, tecnica e politica, la prima espressa da regole (valutazioni) tecniche, la seconda dalla fissazione del valore (valutazione) degli interessi politici » (GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., pp. 73-75, *passim*). Proprio in relazione al caso riportato da Giannini, è interessante segnalare una sentenza del 1933 in cui, a seguito dell'impugnazione di un atto che imponeva il vincolo di interesse artistico su determinati beni mobili, il Consiglio di Stato ne ribadiva l'insindacabilità, osservando che « la parte del provvedimento con la quale [...] si riconosce l'interesse artistico, che è autonomo e che di per sé, basterebbe a legittimare il provvedimento, sfugge a censura: ineccepibile nella sua ampiezza, è la motivazione tecnico-discrezionale dell'autorità amministrativa, per nulla intaccata dagli abili sforzi della difesa del ricorrente, intesi ad instaurare in questa sede un vero e proprio giudizio di merito » (Cons. Stato, sez. IV, 27 luglio 1933, in « Giurisprudenza italiana », LXXXV, 1933, III, c. 188).

⁽³⁵⁾ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 54-55.

Per contro chi, come Cammeo e Presutti, considerava la discrezionalità tecnica già di per sé implicata nella valutazione dell'interesse pubblico, ne giustificava l'insindacabilità non tanto sul piano sostanziale della mancanza di parametri normativi di giudizio, o su quello costituzionale della supremazia degli apparati, quanto piuttosto sul piano meramente formale della struttura del sindacato giurisdizionale; infatti, secondo questi autori, la discrezionalità tecnica è sempre teoricamente sindacabile, in quanto « il termine di confronto c'è, perché la norma giuridica regola [...] anche quei punti che danno luogo a discrezionalità *tecnica*. Ma al giudice della mera legittimità è interdetto di fare, riguardo a questi punti, il confronto fra l'atto e la norma giuridica »⁽³⁶⁾. Proprio per questo aspetto meramente 'convenzionale' dell'insindacabilità delle valutazioni tecniche, già nel 1911 Presutti osservava, con lungimiranza, che la discrezionalità tecnica è « un istituto contingente e storico, [...] l'ultimo, ineliminabile residuo dei grandi, estesi ed incontrollati poteri che dovette arrogarsi il potere regio nel così detto Stato di polizia per por fine al regime feudale », ma che, con il consolidarsi dello Stato giuridico moderno, « potrebbe sparire, a che anzi si può prevedere che o prima o poi sparirà »⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, cit., p. 16, corsivo dell'autore. Conforme CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 406 e, più tardi, G. FAGIOLARI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato: studi in occasione del Centenario*, III, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1932, spec. pp. 48-50.

⁽³⁷⁾ PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, cit., pp. 20 e 52. Per un'interessante rivisitazione del pensiero del Presutti si veda V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967, secondo cui « la discrezionalità c.d. tecnica » non è altro che « una discrezionalità amministrativa particolarmente qualificata » (ivi, p. 70). In effetti, a partire dalla fine degli anni Cinquanta, la giurisprudenza amministrativa ha cominciato ad esercitare, seppure timidamente, un controllo sulla coerenza logica dei giudizi tecnici compiuti dall'amministrazione (in questo senso si vedano Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 1958, n. 270, in « Il Consiglio di Stato », IX, 1958, pt. I, p. 374; Cons. Stato, sez. IV, 5 febbraio 1960, n. 81, in « Il Consiglio di Stato », XI, 1960, pt. I, p. 144). In questa direzione, la spinta ad un progressivo isolamento delle valutazioni tecniche discrezionali dal merito amministrativo vero e proprio proveniva, in realtà, dalla Corte Costituzionale, che in più occasioni aveva parlato della discrezionalità tecnica come di una forma di apprezzamento « limitata e

3. *La discrezionalità come « libertà limitata positivamente »: la questione dei limiti giuridici dell'agire discrezionale. La lettura sovrapposta delle monografie del 1939.*

Nello studio del 1939, il riconoscimento dell'autonomia concettuale della discrezionalità rispetto alle operazioni *latu sensu* interpretative si ricollegava ad un'articolata ricostruzione dei rapporti tra attività amministrativa e legge, in cui l'interpretazione del dato normativo veniva ad assumere un ruolo essenziale ai fini del corretto esercizio del potere ma, assieme, era nettamente distinta dalla discrezionalità amministrativa. Non resta, quindi, che ridare la parola a Giannini e seguirlo nel suo itinerario speculativo che sovrappone, in un continuo contrappunto, il tema della discrezionalità e quello dell'interpretazione.

Delineata la discrezionalità come « una libertà limitata positivamente [...] che dà luogo a una manifestazione di volontà in seguito a un apprezzamento di opportunità politica »⁽³⁸⁾, la precisazione

controllata » (cfr. Corte Cost., sent. 8 luglio 1957, n. 122, in « Giurisprudenza costituzionale », II, 1957, p. 1101; Corte Cost., sent. 11 luglio 1961, n. 48, in « Giurisprudenza costituzionale », VI, 1961, p. 1010; Corte Cost., sent. 24 giugno 1961, n. 38, in « Giurisprudenza costituzionale », VI, 1961, p. 682; Corte Cost., sent. 18 giugno 1963, n. 93, in « Giurisprudenza costituzionale », VIII, 1963, p. 774). Solo di recente, però, la giurisprudenza amministrativa si è aperta alla piena sindacabilità delle valutazioni tecniche discrezionali, grazie ad alcune decisioni che hanno affermato — anche a seguito dell'introduzione nel giudizio amministrativo della consulenza tecnica d'ufficio, dapprima nelle sole materie di giurisdizione esclusiva *ex art. 35*, comma 3, d.lgs. 80/1998 e poi nel giudizio di legittimità *tout court ex art. 16*, l. 205/2000 — essere la discrezionalità tecnica « altra cosa dal merito amministrativo » e che, pertanto, « il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi [...] in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo » (Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in « Il Consiglio di Stato », L, 1999, pt. I, pp. 584-585; giurisprudenza costante, si vedano *ex multis*: Cons. Stato, sez. IV, 11 dicembre 2001, n. 6217, in « Il Consiglio di Stato », LII, 2001, pt. I, pp. 2658-2665; Cons. Stato, sez. VI, 6 agosto 2002, in « Il Consiglio di Stato », LIII, 2002, pt. I, p. 1633; Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6295, in « Il Consiglio di Stato », LV, 2004, pt. I, p. 1925).

⁽³⁸⁾ GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 110. È questa la nozione dogmatica

del rapporto tra legge e amministrazione postulava la definizione dei limiti giuridici dell'agire discrezionale.

La questione veniva risolta tenendo conto del principio di nominatività degli atti amministrativi, per cui « la legge non [può] regolare i diversi schemi di atto amministrativo una volta tanto, ma [deve] disporre dei singoli atti nelle varie leggi, determinandone praticamente gli elementi »⁽³⁹⁾, dimodoché « il “margine determinato” è quello che la legge lascia all'autorità rispetto a uno o più elementi dell'atto, attribuendole il potere di determinare questi in concreto »⁽⁴⁰⁾.

Pertanto, la discrezionalità, non dà mai luogo « a una sfera generica dell'agire amministrativo, ma a una sfera qualificata inerente a uno o più elementi dell'atto, secondo l'ampiezza disposta dalla legge di volta in volta »⁽⁴¹⁾.

Strutturalmente, gli elementi principali dell'atto amministrativo sono « i motivi, i presupposti, la volontà, e, a parte degli altri, la causa »⁽⁴²⁾. I motivi riguardano « i fini [...] che l'atto tende a raggiungere, qualora non si consideri più nella sua entità finita, ma inquadrato nella complessità dell'azione dell'agente »: si tratta, in sostanza, dei pubblici interessi implicati nell'esercizio del potere che abbiano raggiunto giuridica rilevanza⁽⁴³⁾. I presupposti sono invece dati « dal ricorrere di certe situazioni, le cui conseguenze l'or-

generale di discrezionalità, che l'autore considerava però talmente “esigua” e “astratta” da risultare « inutile da un punto di vista strettamente giuridico » (ivi, pp. 120-121).

⁽³⁹⁾ ID., *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 268.

⁽⁴⁰⁾ ID., *Il potere discrezionale*, cit., p. 140; stessa ricostruzione in ID., voce *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, ora in ID., *Scritti*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2004, p. 535.

⁽⁴¹⁾ ID., *Il potere discrezionale*, cit., p. 141.

⁽⁴²⁾ *Ibidem*.

⁽⁴³⁾ ID., *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 247. Il punto è di fondamentale importanza nell'economia della teorica gianniniana. Infatti, secondo l'autore « il pubblico interesse di cui si parla in sede di discrezionalità (amministrativa), non può appartenere a quella sfera di interessi pubblici che non sono giuridicamente rilevanti, e neanche può essere generico, ossia indeterminato: ma sarà specifico, determinato dal diritto (nominato) secondo categorie di variabile ampiezza (di solito sempre decrescente), sia indirettamente con l'ordinamento dei pubblici uffici, sia direttamente con l'attribuzione di un atto amministrativo alla sfera di attività di un'autorità determinata » (ID., *Il potere discrezionale*, cit., p. 47). La precisazione aveva rilevanti implica-

dinamento considera, se prende in rilievo, da evitare o da favorire»: a differenza dei motivi, i presupposti « non sono già fine, ma causa dell'agire », ciononostante, tra presupposti e motivi vi è sempre « un legame logico, il sorgere dei secondi essendo occasionato in concreto dai primi »⁽⁴⁴⁾, in ragione del quale entrambi gli elementi possono essere ricompresi nella categoria degli “elementi teleologici”. La volontà corrisponde al contenuto dispositivo del provvedimento: « volontà teleologica », in quanto « specificamente ordinata dal pubblico interesse »⁽⁴⁵⁾. Invece, più complessa risultava la definizione del concetto di causa: secondo l'autore, « tra l'atto e il pubblico interesse essenziale che forma il centro della ponderazione d'interessi viene a porsi un nesso, che gl'interessi secondari i quali ricorrono nello stato dei fatti possono modificare, anche in modo che esteriormente esso possa risultare molto alterato per sviluppi parziali, ma che non può mai scomparire del tutto »; la causa si identifica, appunto, con questo nesso tra atto e interesse essenziale, « che, interessando il merito, ossia la sfera discrezionale, assume valore tipico »⁽⁴⁶⁾.

zioni sulla ricostruzione della ponderazione discrezionale, che si delineava, secondo un'ottica fortemente soggettivistica e statualistica, come una dialettica (essenzialmente politica) tutta interna all'organizzazione statale; infatti, nella sintesi del '39 lo spazio concesso agli interessi privati è inesistente: la discrezionalità è valutazione di interessi esclusivamente pubblici, ove per « interesse pubblico » s'intende « quell'interesse, titolare del quale è un agente giuridico pubblico, e che riflette il soddisfacimento di un bisogno qualificato come pubblico da una norma » (*ibidem*). Tutto ciò trovava una puntuale conferma nel carattere unilaterale e 'originario', della valutazione discrezionale: « originarietà della proposizione giuridica discrezionale in termini di applicazione del diritto [...], significa che all'autorità amministrativa spetta non solo la qualifica del fatto, ma anche la determinazione di quanto dev'essere qualificato » (ivi, p. 99). Per un'apertura del concetto di discrezionalità al concorso degli interessi privati, pur in assenza di cospicui approfondimenti, bisognerà attendere il 1950 (cfr. Id., *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., pp. 97-99).

⁽⁴⁴⁾ Id., *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., pp. 248-250, *passim*.

⁽⁴⁵⁾ Ivi, p. 277.

⁽⁴⁶⁾ Id., *Il potere discrezionale*, cit., p. 187. Manca, per altro, nell'opera giovanile di Giannini, qualsiasi contributo originale sul concetto di causa: infatti, ne *Il potere discrezionale* l'autore si limitava « a constatare l'inadeguatezza delle correnti teorie intorno ad essa » (cfr. *ibidem*); stesso agnosticismo in Id., *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 242. Nel 1950, portando a compimento l'opera di revisione della

Una volta appurato che la discrezionalità si distribuisce tra i vari elementi dell'atto secondo quanto stabilito dalla legge, si potranno avere le seguenti forme di discrezionalità: una discrezionalità sull'*an*, concernente i motivi e i presupposti, che « si esprime in due modi: se si debba emanare un atto, se si debba emanare un atto anziché un altro »; una discrezionalità nel *quid*, consistente « nella possibilità di variare il contenuto della volontà, e in quella di porre elementi facoltativi (accidentalia) all'atto »; infine, una discrezionalità nel *quomodo*, che riguarda « la forma in due sensi: per quanto riguarda l'opportunità di procedere all'esternazione dell'elemento, e per quanto riguarda il modo onde tale esternazione può farsi » (47). Nessuna discrezionalità può invece darsi per la causa, trattandosi di un elemento predeterminato dalla legge in maniera tipica.

Dal punto di vista tecnico, gli elementi per cui è data discrezionalità sono solitamente indicati dalla norma attributiva del potere mediante « concetti più o meno ampi », mediante categorie (48). Tuttavia, può accadere che la norma non determini alcuna categoria, limitandosi ad una pura e semplice attribuzione di discrezionalità: in tali casi « è lasciato all'autorità trarre dalla legge per via d'interpretazione gli altri elementi dell'atto » (49).

L'indicazione legislativa degli elementi per cui sussiste la discrezionalità (che chiameremo, per brevità, "elementi discrezionali"), è il limite giuridico più importante dell'agire discrezionale. Per comprenderne l'esatta portata, è necessario tornare ai rapporti che intercorrono tra la discrezionalità amministrativa e l'interpretazione della legge.

dogmatica di derivazione privatistica, Giannini abbandonerà definitivamente la nozione di causa (si veda *Id.*, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 316).

(47) *Id.*, *Il potere discrezionale*, cit., pp. 142-146, *passim*.

(48) « Nel nostro diritto positivo gli esempi di questo genere sono frequenti: nelle ordinanze podestarili d'urgenza, i presupposti sono espressi in due categorie: l'urgenza e la contingibilità; i motivi in due: la sanità e pubblica sicurezza; il contenuto in tre: edilità, polizia locale, igiene » (*ivi*, p. 159).

(49) *Ivi*, p. 161. Possono vedersi, tra gli esempi citati dall'autore, l'art. 10, R.D.L. 8 febbraio 1923, n. 422 « Norme per l'esecuzione delle opere pubbliche » e l'art. 86, R.D. 30 gennaio 1913, n. 363 « Regolamento di esecuzione delle leggi 20 giugno 1909, n. 364 e 23 giugno 1912, n. 688 per le antichità e le belle arti ».

L'interpretazione della norma attributiva del potere è, anzitutto, un *prius* logico rispetto all'esercizio del potere, avendo la funzione di individuare « i punti per cui la legge lascia il margine discrezionale »⁽⁵⁰⁾. Essa dà luogo ad un procedimento complesso, in cui l'autorità amministrativa è chiamata, in primo luogo, a stabilire per quali elementi dell'atto la legge attribuisce discrezionalità e per quali, invece, l'azione amministrativa risulta vincolata. Eseguita questa operazione, l'autorità dovrà determinare il contenuto concettuale delle categorie che rappresentano, a livello normativo, gli elementi discrezionali (*an, quid, quomodo*), al fine di stabilire quali dei fatti e degli interessi che ricorrono nella fattispecie concreta rientrano effettivamente tra gli elementi per cui è data discrezionalità: soltanto i fatti e gli interessi sussumibili nelle categorie che rappresentano gli elementi discrezionali potranno essere oggetto di valutazione e di scelta discrezionale. Nell'ipotesi in cui il potere discrezionale sia attribuito senza l'indicazione espressa di categorie, all'autorità sarà chiesta un'« interpretazione più laboriosa e più ampia, nel senso che dev'essere determinato qualche cosa che non è espresso dalla norma; tecnicamente è un'interpretazione essenzialmente sistematica e teleologica »⁽⁵¹⁾.

Le due attività non devono comunque essere confuse, né dal punto di vista strutturale né, tantomeno, dal punto di vista funzionale. Definito, infatti, il potere discrezionale come « *il potere di apprezzare in un margine determinato l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare* »⁽⁵²⁾, l'interpretazione della legge si delinea come un'attività meramente intellettuale, il cui esercizio serve unicamente a fornire all'organo procedente l'esatta rappresentazione dei limiti giuridici della sfera discrezionale, ovvero di quel margine dispositivo all'interno del quale l'autorità potrà liberamente procedere alle valutazioni e alle scelte finalizzate alla migliore realizzazione dell'interesse pubblico. Ciò premesso, l'erronea rappresentazione dei limiti giuridici del margine discrezionale determina l'illegittimità dell'atto amministrativo per

⁽⁵⁰⁾ Ivi, p. 155.

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. 161.

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 52, corsivo dell'autore.

violazione di legge, vizio che sussiste, difatti, quando « l'elemento discrezionale dell'atto quale appare nel momento esterno, non rientra nella categoria prevista dalla legge »⁽⁵³⁾.

Pertanto, il vizio di violazione di legge è sempre associato all'inosservanza di una norma legislativa in senso formale, tale essendo la norma attributiva del potere. Sul piano del sindacato di legittimità, la violazione di legge si manifesta come « un giudizio di puro diritto, consistendo nel confrontare i fatti qualificati come elementi dell'atto amministrativo e desumibili dalla mera esternazione di esso, con le late categorie determinate dalla legge nei confronti di quegli elementi »; più precisamente, « ciò che caratterizza il giudizio che conduce a determinare il vizio di violazione di legge nell'atto discrezionale, è [...] l'essere l'interpretazione dell'atto amministrativo da sindacare interamente qualificatoria »⁽⁵⁴⁾.

Ne *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Giannini definiva l'interpretazione meramente qualificatoria come quell'operazione in cui « l'interprete non indaga sul reale accadimento storico dei fatti (e gestis), ma accettandoli quali emergono dal contesto dell'atto, indaga quale qualifica abbiano essi ricevuto dall'autorità ». « Per gli atti discrezionali », proseguiva l'autore, « omettere l'accertamento e gestis del fatto che sottostà all'elemento per cui ricorre la discrezionalità, significa che l'interprete accetta la soluzione scelta dall'autorità, come se essa sia la migliore possibile, limitandosi a vedere come il fatto qualificato in questo elemento possa rientrare nel disposto della legge relativo all'elemento stesso nell'uno o nell'altro atto »⁽⁵⁵⁾. Pertanto, il sindacato di violazione di legge costituisce una forma di controllo esclusivamente *in iure*, in cui l'autorità giu-

⁽⁵³⁾ Ivi, p. 176.

⁽⁵⁴⁾ Ivi, pp. 175, 176.

⁽⁵⁵⁾ ID., *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 306. L'interpretazione qualificatoria è un'operazione di natura « esclusivamente testuale », avvalendosi di mezzi interpretativi « intrinseci », tratti, cioè, « dal mero testo dell'atto »: nel caso dell'atto amministrativo tra tali mezzi « vanno ascritti [...], oltre a quello grammaticale e logico che sono propri di tutti gli atti giuridici, la giustificazione, la motivazione, l'intestazione, il preambolo con tutte le indicazioni formali che possa contenere; è mezzo intrinseco anche l'interpretazione della legge e le sue derivazioni » (ivi, pp. 340-341, *passim*).

dicante si limita a riqualificare i fatti per come emergono dagli atti, senza effettuare alcuna verifica né sull'esattezza degli accertamenti né, tantomeno, sulla completezza degli interessi acquisiti.

Accanto alla definizione legislativa degli elementi discrezionali, l'ordinamento pone un altro limite all'agire discrezionale delle pubbliche amministrazioni: questo limite è dato dall'interesse essenziale (o specifico), il quale è sempre indicato dalla norma attributiva del potere, ovvero, in mancanza, dalle norme sulla competenza. Tuttavia, l'interesse essenziale non costituisce un limite specifico della discrezionalità, bensì soltanto dell'atto che, « in quanto concreto venire in essere dell'attività discrezionale, è [...] vincolato in uno dei suoi motivi costituiti dal quel pubblico interesse specifico, che è fine dell'attività nella cui sfera esso rientra » (56).

È questo uno dei passaggi fondamentali della ricostruzione gianniniana: infatti, se è vero che l'essenza della discrezionalità consiste « nel ponderare l'interesse essenziale al lume degli interessi secondari, che hanno rispetto al primo efficacia modificativa od impeditiva » (57), l'autorità amministrativa potrà persino ritenere l'interesse essenziale recessivo rispetto agli interessi secondari ed astenersi, quindi, dall'emanare il provvedimento, ovvero emanare un provvedimento anziché un altro (in ciò consistendo, appunto, la discrezionalità sull'*an*) (58).

È evidente, quindi, che l'interesse essenziale non limita la discrezionalità ma soltanto l'atto, il quale, « se emanato », dovrà avere « per motivo il pubblico interesse specifico indicato direttamente o indirettamente dalla legge, così com'è atteggiato in concreto dagli

(56) *Id.*, *Il potere discrezionale*, cit., p. 49. Infatti, per la ponderazione discrezionale « il pubblico interesse di per sé non è né limite, né scopo, né altro » (ivi, p. 50).

(57) *Ivi*, p. 165.

(58) « Nell'atto a motivo discrezionale, esistendo in fatto il motivo primario, l'amministrazione deve ponderarne il valore al lume di tutti i motivi secondari che, sempre in fatto, possono presentarsi; e potranno così aversi tre eventualità: che il motivo primario risulti rafforzato; che risulti attenuato, che si elida del tutto, onde, nel secondo e rispettivamente nel terzo caso, l'opportunità di emanare l'atto con clausole particolari di restrizioni, e quella di non emanarlo affatto » (*Id.*, voce *Atto amministrativo*, cit., p. 547).

interessi secondari » (59). Inteso come limite dell'atto, l'interesse essenziale « finisce col dare alla volontà che si esplica in una sfera di discrezionalità, un certo quale contenuto caratteristico che suol designarsi coll'espressione *tipicità dell'atto amministrativo* » (60), tipicità che risiede non tanto « nel motivo ultimo dell'atto », e cioè nel « pubblico interesse specifico » ma piuttosto « in quella relazione tra volontà e pubblico interesse specifico, in virtù della quale la prima assume un certo contenuto, una certa direzione, e che, empiricamente, forma la sostanza di quell'elemento da noi trascurato, che è la causa » (61). Quindi, l'alterazione della causa dà luogo al vizio di eccesso di potere, che va inteso, nella sistematica gianniniana, come vizio dell'atto e non dell'attività.

Nel sindacato di eccesso di potere, l'autorità « non si limita a decidere se i motivi rientrano nella categoria prevista dalla legge, ma ripete in fondo qualche cosa della ponderazione degli interessi compiuta dall'autorità che ha emanato l'atto » (62). Più precisamente, l'autorità giudicante potrà giungere « ad escludere che interessi secondari incidano su quello essenziale in modo da modificarlo al di là di certi limiti » (63), ferma però restando l'inammissibilità di un controllo esteso alla « sfera discrezionale come tale, perché l'autorità non può ripetere l'apprezzamento degli interessi secondari ed essenziali, ma solo conoscere questo nesso tra interesse essenziale [...] e contenuto dell'elemento discrezionale dell'atto, che forma l'elemento causa, e rende possibile sindacare anche per questo aspetto la conformità alla legge » (64).

Per l'aspetto processuale, la sistemazione gianniniana si completava ricollegando al sindacato di eccesso di potere la cosiddetta "interpretazione piena", operazione in cui « l'interprete non accetta i fatti quali essi emergono dall'atto ma ne accerta la reale esistenza e gestis, l'accadere storico direttamente » (65). L'interpretazione

(59) ID., *Il potere discrezionale*, cit., p. 79.

(60) ID., *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 276, corsivo dell'autore.

(61) Ivi, p. 277.

(62) ID., *Il potere discrezionale*, cit., p. 185.

(63) Ivi, p. 188.

(64) Ivi, pp. 187-188, *passim*.

(65) ID., *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 309. « L'interpretazione

piena, al contrario di quella qualificatoria, « è prevalentemente extratestuale », nel senso che si fonda, per lo più, sull'utilizzo di mezzi interpretativi "estrinseci": sono tali « quelli che consistono nell'uso di alcuni elementi dell'atto nella loro realtà, cioè motivi, presupposti, quelli che concernono l'uso delle circostanze, dei comportamenti, dei momenti formativi formali della volontà » (66).

La lettura sovrapposta delle due monografie del '39 ci rivela un quadro concettuale complesso, fatto di nuove intuizioni e di vecchi residui. In particolare, la ricostruzione dell'eccesso di potere appare solcata da più contraddizioni, sicuramente dovute alla persistenza di quegli stessi schemi pandettistici che, appena l'anno successivo, il giovane autore avrebbe severamente criticato nella prolusione sassarese sui *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (67).

La rappresentazione 'pluralistica' della discrezionalità come ponderazione di interessi rifletteva, nella teorica gianniniana, un preciso indirizzo giurisprudenziale emerso nel corso degli anni Trenta, per cui « dal giudizio sull'esistenza dei fatti, sulla loro qualificazione, si passa al controllo giudiziale sulla "completezza" degli interessi valutati dalle amministrazioni. Per la prima volta si abbandona la visione monolitica dell'interesse pubblico e, nel condurre un giudizio di "sufficienza" e di completezza, si presuppone la plu-

piena su elementi teleologici forma la parte essenziale dell'indagine concernente la causa ed è necessaria per individuare l'eccesso di potere in via diretta » (ivi, p. 311).

(66) Ivi, pp. 340-342, *passim*. Operazione, quindi, difficilmente realizzabile nel giudizio amministrativo di legittimità, considerata la scarsa incisività dei mezzi istruttori previsti dalla disciplina processuale dell'epoca (su cui, criticamente, F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, spec. p. 5).

(67) Com'è noto, la sistematica pandettistica riconduceva la problematica della discrezionalità nell'ambito dell'atto amministrativo (in genere, mediante la contrapposizione atto vincolato-atto discrezionale), cui corrispondeva la ricostruzione dell'eccesso di potere come vizio della volontà (cioè dei motivi o della causa), secondo il classico modello soggettivistico che, ravvisando nel potere uno svolgimento della capacità, faceva derivare la natura pubblicistica dell'atto dalla manifestazione di volontà della persona giuridica pubblica. L'esempio più coerente di questo modello è rappresentato dal *Corso* di Zanobini, dove il tema del potere discrezionale è trattato nel Capitolo VII relativo agli atti amministrativi e dove i vizi di legittimità sono ricostruiti come « vizi della volontà », riguardanti alcuni « la causa giuridica, altri i motivi, altri la determinazione concreta » (ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, cit., pp. 341-342).

ralità, la molteplicità, degli interessi e dei fatti considerati dalle pubbliche amministrazioni » (68).

Era, quindi, la crisi della concezione “monolitica” dell’interesse

(68) M. D’ALBERTI, *La giurisprudenza amministrativa negli anni Trenta*, in *Il diritto amministrativo negli anni Trenta*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 43. Nello stesso senso GIANNINI, *Discrezionalità amministrativa e pluralismo*, cit., p. 106. Nella elaborazione giurisprudenziale tra la fine dell’Ottocento e l’inizio del Novecento è possibile tracciare un percorso che, a partire dalla declaratoria di « nullità sostanziale » per lesione del diritto di difesa, giunge a ricostruire l’eccesso di potere come la risultante di un “difetto di istruttoria” riguardante, *in primis*, l’omessa valutazione degli interessi concorrenti. Una risalente giurisprudenza invocava il principio del contraddittorio e considerava « principio di eterna giustizia, informato al sacro diritto della difesa », quello « di non potersi infliggere una pena senza sentire l’accusato » (Cons. Stato, sez. IV, 29 novembre 1895, n. 423, in « Giustizia amministrativa », VI, 1895, I, p. 493; conforme Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 1908, n. 32, in « Giustizia amministrativa », XIX, 1908, I, p. 73). Tale principio, con la progressiva messa a punto del contenzioso d’annullamento, era destinato ad essere assorbito nelle categorie dell’eccesso di potere: assai significativa, in tal senso, una sentenza del 1924 in cui la IV Sezione, chiamata a dirimere un’inedita ipotesi di conflitto tra l’amministrazione ministeriale e le nascenti amministrazioni parallele, accoglieva il ricorso per « eccesso di potere e violazione dei principi generali che regolano il diritto di difesa [...] per non aver il Prefetto, prima di emettere il provvedimento impugnato, inteso i legali rappresentanti della Cassa Nazionale per le Assicurazioni Sociali, nonché dell’Istituto Nazionale di Credito per la Cooperazione nelle ragioni che questi potevano far valere » (Cons. Stato, sez. IV, 11 luglio 1924, n. 468, in ACS, Fondo del Consiglio di Stato, Sezione IV, decisioni - anno 1924, vol. 8; conformi: Cons. Stato, sez. IV, 9 gennaio 1925, in « Foro amministrativo », I, 1925, I, 1, c. 26, dove la censura riguardava addirittura l’omessa ponderazione di interessi privati; Cons. Stato, sez. IV, 21 gennaio 1927, in « Il Foro amministrativo », III, 1927, I, 1, c. 149, che annullava la pronuncia di una commissione arbitrale interprovinciale non avendo questa « preso in esame l’ordinamento del personale della tramvie in parola, né la situazione di fatto, né le controdeduzioni dell’Azienda ». Va comunque precisato che la giurisprudenza degli anni Trenta se, da un lato, richiedeva una valutazione il più possibile completa degli interessi concorrenti, dall’altro non si spingeva a sindacare l’opportunità delle scelte compiute dall’amministrazione, prendendo così atto del carattere politico-amministrativo della decisione discrezionale, intesa come la sintesi di un procedimento dialettico tutto interno all’organizzazione statale: si veda, in tal senso, Cons. Stato, sez. IV, 13 ottobre 1937, in « Il Foro italiano », LXIII, 1938, III, cc. 37-38, in cui il Supremo Collegio si sottraeva da « una valutazione autonoma, di opportunità e di convenienza, di quell’interesse pubblico complesso che il provvedimento prefettizio mirò ad assicurare » e Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 1938, in « Giurisprudenza italiana », XCI, 1939, III, c. 12, in cui veniva chiaramente affermato che il potere discrezionale « deve essere esercitato [...] in base a criteri che, in senso lato, possono essere considerati politici ».

pubblico a reclamare la revisione teorica della discrezionalità, preso atto che, all'interno dello Stato multifinale, l'interesse pubblico non discende dalla norma attributiva del potere, ma costituisce, piuttosto, il risultato di una ponderazione tra interessi concorrenti. Facendosi interprete delle trasformazioni in corso, la sintesi gianniniana del 1939 riportava la problematica della discrezionalità sul piano della funzione, svincolando l'esercizio del potere dalla prescrizione legislativa dell'interesse pubblico, ma continuando a ricondurre l'eccesso di potere alle patologie della causa, elemento che, secondo la ricostruzione tradizionale del *détournement*, rifletteva all'interno dell'atto amministrativo l'interesse pubblico unitario imposto dalla legge come limite teleologico dell'attività ⁽⁶⁹⁾.

Giannini, in sostanza, proprio nel momento in cui il sindacato giurisdizionale assumeva le forme di un controllo sull'esercizio del potere piuttosto che sull'atto, associava ad una concezione plurali-

⁽⁶⁹⁾ La ricostruzione dell'eccesso di potere come vizio della causa era sostenuta da CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 412; F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, in « Rivista di diritto processuale civile », I, 1924, pt. I, pp. 33-55; G. SALEMI, *Giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1927, p. 183; BORSI, *La Giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1930, p. 33; R. RESTA, *La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi*, in « Annali della R. Università di Macerata », VIII, 1932, pp. 129-181; P. BODDA, *la nozione di « causa giuridica » della manifestazione della volontà nel diritto amministrativo*, Torino, Anfossi, 1933 e ID., *Opinioni sulla causa dell'atto amministrativo*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, Padova, Cedam, 1940, pp. 60-76; ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, Giuffrè, 1934. Invece, altri autori riconducevano l'eccesso di potere tra i vizi della volontà: tra questi DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, cit., p. 180; MORTATI, *Volontà e causa nell'atto amministrativo e nella legge*, cit.; F. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, Pensiero e Vita, 1938, pp. 447-465; A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939; V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939. Infine, vi erano coloro che riportavano l'eccesso di potere al vizio dei motivi: tra questi RANELLETTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, Alvano, 1921, spec. pp. 95-104; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, cit.; G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, Cedam, 1936; U. FORTI, *I « motivi » e la « causa » nell'atto amministrativo*, in ID., *Studi di diritto pubblico*, vol. I, Roma, Il Foro Italiano, 1937; tuttavia, la posizione di questi ultimi autori non sembra delineare un indirizzo autonomo, poiché finisce per riassorbire i motivi nel contenuto teleologico della causa o della volontà: si veda, per tutti, ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, cit., p. 342.

stica ed oggettivistica della discrezionalità una ricostruzione “monolitica” e soggettivistica dell’eccesso di potere che, una volta adottato il rigido concetto di causa come parametro del sindacato di legittimità, non riusciva a spiegare in quali forme ed entro quali limiti l’alterazione dell’interesse essenziale potesse effettivamente tradursi in eccesso di potere ⁽⁷⁰⁾.

Era questa, tuttavia, la conseguenza di una precisa opzione teorica e ideologica del giovane autore, che aveva inteso dilatare al massimo i confini del merito amministrativo, fino a rendere incontrollabile in legittimità — contro ogni avviso della giurisprudenza — il giudizio stesso sulla sufficienza degli interessi ⁽⁷¹⁾: soluzione obbligata, del resto, una volta negata (in ossequio ai postulati della Scuola orlandiana), qualsiasi rilevanza giuridica alle regole extralegali implicate nell’esercizio del potere; in tal modo, infatti, l’azionabilità del controllo di legittimità veniva necessariamente relegata al solo sviamento: vizio dell’atto, ovvero dell’unico momento in cui la ponderazione discrezionale, l’attività politica o tecnica dell’amministrazione diviene scelta, manifestazione di volontà, forma giuridica destinata a regolare stabilmente il rapporto autorità-libertà in potenziale conflitto con l’assetto di interessi stabilito dall’ordinamento.

E allora si comprende perché Giannini finisca con l’attribuire all’eccesso di potere una rilevanza residuale rispetto al sindacato di

⁽⁷⁰⁾ Questo limite della ricostruzione gianniniana era stato, a suo tempo, evidenziato da BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in « Rassegna di diritto pubblico », V, 1950, pt. I, p. 10 nt. 19.

⁽⁷¹⁾ Infatti, si legge ne *Il potere discrezionale* che il « sindacato di merito [...] si può concepire sia come un semplice controllo dell’esattezza dell’apprezzamento comparativo degli interessi, sia anche come controllo della completezza o della sufficienza dello schema degli interessi presi in esame come secondari » (GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit. p. 180). Nel 1950 l’autore preciserà che « il merito indica, come la discrezionalità, la valutazione di opportunità. Solo che la discrezionalità costituisce un momento terminale, già giuridicamente qualificabile, dell’iter di valutazione di opportunità. Il merito comprende tutto l’iter: in sede di merito spetta all’amministrazione scoprire gli interessi che possono presentarsi in concreto, costruire esattamente i fatti, compiere indagini ». Ne deriva che il vizio di merito « consiste in una difettosa ponderazione degli interessi essenziali in ordine agli interessi secondari » (ID., *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., pp. 100, 400).

violazione di legge, il quale, « per la sua semplicità, viene a precludere ogni altro giudizio, sempre attinente alla legittimità, ma di indagine più laboriosa (come p.e. quello che si connette all'eccesso di potere) » (72); infatti, considerato che questa forma di controllo consiste nel giudicare la conformità della scelta adottata dall'amministrazione alle categorie di elementi previste dalla legge (tra cui i motivi, i presupposti ma anche la causa), il sindacato di violazione di legge appariva in grado di assorbire le fattispecie più rilevanti di sviamento di potere (73).

Posizione non isolata, quella del giovane giurista (74), eppure di 'retroguardia', se è vero che già alla fine degli anni Trenta un'accorta dottrina aveva preso coscienza del progressivo spostamento del baricentro dell'eccesso di potere dall'atto all'attività: il Romanelli, ad esempio, proprio nel 1939 osservava che « l'eccesso di potere non viene a toccare la causa dell'atto, ma incide sulle condizioni legali di esso, colpendo la violazione di quelle norme-mezzo che disciplinano la regolare attività del procedimento volitivo, attraverso cui si forma la convinzione dell'autorità che emana l'atto: attività che viene presa in considerazione nel giudizio di legittimità, in sostituzione di un accertamento obbiettivo del fine dell'atto » (75).

Un notevole ripensamento si avrà nelle *Lezioni* del 1950 dove, abbandonata la nozione di causa, l'eccesso di potere verrà ricostruito come vizio dei motivi, più precisamente come « vizio dei motivi essenziali dell'atto, sia in ordine alla mancanza che alla sufficienza di essi; vizio dei motivi secondari, se enunciati e solo in ordine alla mancanza di essi, ovvero se palesemente evidenti e solo in ordine alla totale omissione di presa in esame » (76). Si trattava di

(72) ID., *Il potere discrezionale*, p. 176.

(73) Cfr. *ibidem*.

(74) Si veda, ad esempio, TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, cit., pp. 44-45; ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, Vita e Pensiero, 1938, p. 456; FAGIOLARI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, cit., p. 65; in seguito vi aderirà anche A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 325.

(75) ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, cit., p. 194.

(76) GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 394. Ciononostante, l'au-

una nozione ancora incentrata sull'atto ma che, rispetto alla sistemazione del 1939, riusciva comunque a ricondurre nell'alveo dell'eccesso di potere le irregolarità e le insufficienze concernenti la ponderazione degli interessi.

Sarà, tuttavia, soltanto Feliciano Benvenuti, in un noto scritto del 1950, a ridisegnare il profilo dogmatico dell'eccesso di potere, svincolandolo dall'identificazione col classico *détournement de pouvoir* (col vizio, cioè, di un elemento dell'atto, sia esso rappresentato dalla volontà, dai motivi o dalla causa) e riportandone la sostanza al livello della funzione. Con Benvenuti, infatti, la manifesta ingiustizia, la disparità di trattamento e l'illogicità si emancipano dalla riduttiva qualifica di figure sintomatiche dello sviamento per divenire fattispecie sostanziali e autonome di eccesso di potere: non più vizi di un elemento dell'atto, bensì « situazioni in cui si rivela il difetto di una condizione della funzione amministrativa, che assicura la validità generale dell'ordinamento giuridico amministrativo » (77).

tore accentuava la tendenza a riassorbire la legittimità nell'ambito della legalità formale, ribadendo che l'atto amministrativo « deve avere un sistema di vizi del tutto oggettivo » e, pertanto, « la sua struttura non potrà essere che la violazione di legge, e il suo centro maggiormente brillante la violazione di legge attinente ai motivi, ossia l'eccesso di potere. Ciò posto, ai tre "vizi" indicati dal legislatore, non può riconoscersi altro valore che quello di una descrittiva. Il vizio in realtà è unico: la violazione di legge, che coincide senza residui con l'illegittimità » (Id., voce *Atto amministrativo*, cit., p. 553).

(77) BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, cit., p. 33. Era proprio l'evoluzione dell'eccesso di potere a dimostrare « l'esistenza giuridica della funzione nel campo del diritto amministrativo », come la risultante di un percorso che trasferiva l'interesse pubblico dalla norma alla fattispecie, dal soggetto all'attività (cfr. Id., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », II, 1952, pp. 124-125). Tuttavia, il riconoscimento della rilevanza giuridica della funzione non faceva venir meno, nel pensiero giovanile di Benvenuti, il carattere unilaterale dell'attività amministrativa, in quanto « trasformazione di poteri preordinati principalmente alla soddisfazione del soggetto, la Pubblica Amministrazione, che ne usa; e che solo di riflesso possono ridondare a soddisfacimento dell'interesse di un soggetto a lei distinto, e in particolare del cittadino » (ivi, p. 134). Per altro, in quegli stessi anni l'evoluzione dell'eccesso di potere aveva meritato l'attenzione della *Commissione per la riforma dell'amministrazione*, il cui progetto di "Legge generale sulla pubblica amministrazione", all'art. 48, prefigurava una vera e propria codificazione delle figure sintomatiche come fattispecie autonome di eccesso di potere (si veda PRESIDENZA DEL CONSIGLIO

Tracciati i limiti dell'agire discrezionale, è ora possibile spiegare perché, e con quale significato giuridico, Giannini definisca la discrezionalità una forma di « libertà limitata positivamente dalla legge » (78).

Anzitutto, il carattere “positivo” deriva dal fatto che, « mentre il soggetto privato [...], si muove liberamente nei limiti che l'ordinamento giuridico gli pone [...] la pubblica amministrazione può fare solo ciò che l'ordinamento le consente di fare. Nel primo caso i limiti sono negativi, nel secondo positivi: limite positivo significa che la legge stessa determina singolarmente quali sono le facoltà proprie della pubblica amministrazione » prescrivendo, « di volta in volta, quando debbano essere emanati i diversi atti giuridici, e in quali contingenze » (79).

In secondo luogo, perché i confini della discrezionalità sono rappresentati esclusivamente dagli elementi discrezionali dell'atto i quali, di regola, sono indicati dalla legge mediante categorie di concetti, dimodoché la determinazione del margine dispositivo libero diventa un fatto d'interpretazione: « al di là dei limiti segnati dalla legge per i vari elementi dell'atto, l'esercizio della discrezionalità è pienamente e assolutamente libero. Libero in senso giuridico, in

DEI MINISTRI - COMMISSIONE PER LA RIFORMA DELL'AMMINISTRAZIONE, *Legge generale sulla pubblica amministrazione, l'organizzazione amministrativa dello Stato, l'organizzazione amministrativa degli enti pubblici, la giustizia amministrativa*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1948, p. 383). In seguito anche Giannini ammetterà che configurare l'eccesso di potere come vizio dei motivi « può sembrare troppo poco », poiché « il vizio non risulta dalla mancanza o dall'erroneità di questo o quel motivo, ma dal complesso dei motivi »; e tuttavia, perseverando in un'ottica soggettivistica, preferirà parlare di un vizio della « potestà », piuttosto che di un vizio della “funzione”, in quanto nell'eccesso di potere « è la potestà nel suo complesso che non è stata esercitata secondo lo schema normativo » (GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1967, p. 193; identico concetto in ID., *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 632).

(78) ID., *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 272.

(79) Ivi, p. 236. Veniva qui ripreso pressoché alla lettera (seppure, come vedremo, con esiti assai diversi), l'assunto fondamentale della prolusione zanobiniana del 1924 (cfr. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, prolusione al corso di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione tenuta all'Università di Pisa il 21 gennaio 1924, originariamente in « Rivista di diritto pubblico », XVI, 1924, pt. I, pp. 382-393, ora in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 203-218).

quanto cioè il comportamento non è più disciplinato da norme giuridiche, benché possa esserlo da altre regole »⁽⁸⁰⁾. Siamo così giunti ad uno dei punti teorici più densi della riflessione gianniniana e cioè all'affermazione per cui l'attività amministrativa è soltanto « modalmente [...] un'attuazione di legge »⁽⁸¹⁾.

4. *La pubblica amministrazione come potere autonomo. La vicenda europea e italiana. Zanobini, le invenzioni della giurisprudenza e la polemica tra Giannini e Mortati.*

Nella sua prolusione del 1924 su *L'attività amministrativa e la legge*, Zanobini aveva affermato che « la pubblica amministrazione non è un soggetto diverso dallo Stato, ma è lo Stato stesso in azione per il proseguimento dei suoi fini ». Questi fini sono determinati dalla legge e « s'impongono per l'obbligo della loro attuazione al potere, cui questo compito appartiene per l'organizzazione stessa dello Stato, al potere amministrativo. E questa imposizione dei fini avviene [...] per tutta l'attività amministrativa, senza possibilità di distinzione fra quella attività che dicesi esecutiva e quella che dicesi discrezionale »⁽⁸²⁾, poiché anche « nell'uso dei poteri discrezionali », l'amministrazione « deve agire non soltanto nell'interesse pubblico [...], ma anche per un determinato interesse pubblico, cioè per quell'interesse pubblico che è presupposto dalla legge, dalla quale il potere discrezionale discende nel caso specifico »⁽⁸³⁾. Era questo, secondo il giurista pisano, il risultato dell'« affermarsi del sindacato sul fine specifico dell'atto discrezionale », che aveva posto « l'amministrazione nei confronti della legge, anche quando esercita il potere discrezionale, nella posizione di esecutrice, di dipendente », poiché « essa *deve* attuare i fini voluti dalla legge »⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸⁰⁾ GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 167.

⁽⁸¹⁾ Ivi, p. 22.

⁽⁸²⁾ ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., p. 205.

⁽⁸³⁾ Ivi, p. 210. Di qui la definizione della discrezionalità come « libero apprezzamento delle circostanze e libera scelta dei mezzi, in ordine ai fini che la legge vuole che siano raggiunti » (ivi, p. 211).

⁽⁸⁴⁾ *Ibidem*, corsivo dell'autore.

Sebbene povera di contenuti tecnici, sappiamo che, dal punto di vista ideologico, la prolusione zanobiniana rappresentava una svolta rilevante per la giuspubblicistica italiana: l'affermazione, infatti, del principio di legalità dell'azione amministrativa e la negazione della supremazia speciale della pubblica amministrazione segnavano una netta cesura con la dottrina dello Stato amministrativo affermatasi in Italia a cavallo tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento.

Com'è noto, le robuste sistemazioni di Ranalletti, di Borsi e del giovane Santi Romano avevano consolidato il primato politico e costituzionale degli apparati amministrativi, riedificando lo Stato-persona come istituzione originaria in forma di amministrazione. Nelle pagine di questi autori l'amministrazione si affermava come « una libera attività dello Stato per i suoi fini », in grado di « esplicitarsi [...] in virtù della sua propria forza, non in virtù della legge, quindi senza bisogno di trovare il suo fondamento in una norma di diritto »⁽⁸⁵⁾; gli atti del potere amministrativo risultavano immediatamente esecutori, in quanto « manifestazione immediata della sovranità »⁽⁸⁶⁾ e la discrezionalità, vera e propria chiave di volta dell'autonomia degli apparati, si imponeva come un'attività « perfettamente libera » dal diritto, seppure « dentro i confini a essa assegnati da norme obbiettive »⁽⁸⁷⁾.

La tendenza a celebrare il dogma dell'autonomia amministra-

⁽⁸⁵⁾ RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., p. 274.

⁽⁸⁶⁾ « L'atto amministrativo è esecutivo perché è una manifestazione immediata della sovranità e non perché rappresenta una applicazione della legge » (BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, Bocca, 1901, p. 57).

⁽⁸⁷⁾ ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico* (1899), ora in Id., *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 104; stesso concetto in Id., *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1901, p. 2. Del medesimo tenore le considerazioni di RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, discorso inaugurale dell'anno accademico 1899-1900 tenuto nella R. Università di Macerata, ora in Id., *Scritti giuridici scelti*, vol. I, Napoli, Jovene, 1992, p. 208 e di A. CRISCIUOLI, *La discrezionalità nelle funzioni costituzionali*, in « Annali della R. Università di Perugia », XXXIII, 1921, p. 459. Per una netta distinzione concettuale tra amministrazione e giurisdizione si veda anche P. CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella giustizia civile*, in « Rivista del diritto commerciale », XV, 1917, pt. I, pp. 759-784, spec. p. 780.

tiva non era, per altro, un fenomeno esclusivamente italiano: infatti, in quegli stessi anni gli studi di Léon Michoud e di Rudolf von Laun consolidavano l'immagine del potere discrezionale come libertà originaria dell'autorità di statuire sovranamente sull'interesse pubblico, « sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit »⁽⁸⁸⁾.

Non che non vi fossero, nel panorama scientifico italiano, voci fuori dal coro: Presutti e Cammeo, ad esempio, si muovevano « in un orizzonte concettuale per più aspetti comune, che sottrae[va] i margini di libertà decisionale degli apparati alla pericolosa ipotesi della teoria della "libertà" dell'amministrazione [...], proponendo una lettura equilibrata dei rapporti tra norma e attività amministrativa che potenzia le possibilità del sindacato giurisdizionale sino al limite dell'esistenza di una norma parametro, sino al punto in cui il giudice può far valere nei confronti dell'attività amministrativa la doverosità dei vincoli normativi stabiliti dall'ordinamento »⁽⁸⁹⁾. In effetti, nelle sistemazioni di questi autori scompare il primato dell'amministrazione, riaffiora la subordinazione dell'attività amministrativa alla legge e il potere discrezionale, perduta la corona del-

(88) L. MICHOD, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1913, p. 10. Quella del Michoud è, probabilmente, la concezione che, in assoluto, assegna al potere amministrativo il maggior grado di autonomia rispetto al dettato legislativo: infatti, secondo l'autore francese la legge si limita a concedere all'amministrazione « un blanc-seign, et [...] son ordre équivaut simplement à lui dire: fais ce que *toi-même* estimes le plus conforme à l'intérêt général » (ivi, p. 21), di modo che all'autorità spetta non solo di determinare « la choix du but », ma anche « le choix des moyens à prendre pour atteindre un but déterminé » (ivi, p. 51). Ciò premesso, il Michoud si spingeva a criticare persino la ricostruzione del Laun, secondo cui la potestà discrezionale si estende alla scelta dei fini immediati dell'azione amministrativa ma non alla scelta dei mezzi (cfr. R. VON LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig-Wien, Deuticke, 1910, p. 66). Com'è noto, il potere dell'amministrazione di statuire sovranamente sull'interesse pubblico era stato affermato, per la prima volta, dal Bernatzik, il quale riconduceva il potere discrezionale all'imperativo categorico rivolto al funzionario di agire nel modo più opportuno per il pubblico interesse: « Tue was du glaubst, dass es durch das öffentliche Wohl beding ist » (E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, Manz'sche Hof-Verlags, 1886, p. 46).

(89) B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., p. 413.

l'originarietà, rimane insindacabile soltanto per una scelta *de iure condito* ⁽⁹⁰⁾.

Ma al di là di taluni, seppure autorevoli, dissensi, nella dottrina e nel mondo stesso delle istituzioni, largamente prevalenti rimanevano gli appelli all'«incensurabilità della potestà discrezionale», all'assoluta necessità di lasciare «invulnerate ed invulnerabili le prerogative della Pubblica Amministrazione» ⁽⁹¹⁾. Del resto, i continui, pressanti, richiami alla «supremazia del Potere sull'individuo» ⁽⁹²⁾ avevano fatto larga breccia anche nella giurisprudenza ordinaria, dove si afferma un indirizzo rivolto a mandare sistematicamente esente da responsabilità la pubblica amministrazione ogniqualvolta s'aggirasse nella controversia lo spettro del potere discrezionale ⁽⁹³⁾.

⁽⁹⁰⁾ Si veda CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 28; PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, cit., p. 11; nonché ID., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Messina, Principato, 1931-1934, p. 154. La caratteristica comune di questi autori è, in effetti, quella di confinare l'operatività della discrezionalità pura ad alcuni casi limite, che rientrano piuttosto nell'ambito degli atti politici in senso stretto e riconducendo, invece, la maggior parte degli atti amministrativi nell'ambito della discrezionalità tecnica, «un campo alquanto diverso da quello della discrezionalità pura, perché qui la norma regolatrice c'è», seppure imprecisa, rendendo sempre teoricamente possibile il sindacato di legittimità (CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 406). Così, ad esempio, quando «l'art. 151 della legge comunale e provinciale autorizza il sindaco o rimuovere con ordinanza in caso di urgenza i pericoli per la sicurezza pubblica, l'edilità o l'igiene: la nozione di pericolo in relazione a queste tre esigenze è di discrezionalità tecnica. Così pure quando la legge 25 giugno 1865 ammette l'espropriazione di beni immobili per pubblica utilità, è di discrezionalità tecnica l'apprezzare se la pubblica utilità sussiste o no» (ivi, pp. 407-408); la circostanza era rilevata acutamente da DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, cit., p. 162 nt. 4.

⁽⁹¹⁾ *Relazione sulla Regia Avvocatura Erariale per gli anni 1912-1925*, presentata a S.E. il Capo del Governo Benito Mussolini da S.E. l'Avvocato generale erariale Gaetano Scavonetti, Roma, Provveditorato Generale dello Stato, 1926, pp. XXXIII e XXXIV.

⁽⁹²⁾ Ivi, p. XXXV.

⁽⁹³⁾ L'indirizzo, rimasto costante dai primi del Novecento fino all'inizio degli anni Trenta, si risolveva nel negare qualsiasi tutela giudiziaria al danneggiato, qualificando la situazione fatta valere in giudizio alla stregua di un interesse semplice (difetto assoluto di giurisdizione): si veda, in proposito, Cass. Roma S.U., 21 luglio 1903, per cui «è una funzione puramente amministrativa quella colla quale si provvede alla sistemazione e manutenzione delle strade pubbliche, e come tale non soggetta a controllo

E tuttavia, con la fine della Grande Guerra, il dogma della supremazia degli apparati, sapientemente edificato e gelosamente custodito dai teorici dello Stato amministrativo come l'estremo baluardo della sovranità dello Stato di fronte al disgregante neocorporativismo di inizio secolo, diveniva oggetto, presso i giuristi più avvertiti, di una crescente insofferenza.

« A questa giurisprudenza io non posso che ribellarmi », protestava Carlo Francesco Ferraris dalle pagine della "Rivista di diritto pubblico" all'indirizzo di quella « specie di mistica venerazione » per il « potere discrezionale », che aveva consentito alla pubblica amministrazione di « impunemente ledere l'incolumità personale e

per parte dei privati in via giudiziaria » (in « Giurisprudenza italiana », LV, 1903, I, 1, c. 1076; conformi, *ex multis*, Cass. Roma S.U., 5 febbraio 1904, in « Giurisprudenza italiana », LVI, 1904, I, 1, cc. 479-480; Cass. Roma S.U., 20 maggio 1916, in « Giurisprudenza italiana », LXVIII, 1916, I, 1, c. 1352; Cass. Roma S.U., 17 aprile 1920, in « Giurisprudenza italiana », LXXII, 1920, I, 1, c. 580; Cass. S.U., 15 aprile 1925, in « Il Foro italiano », L, 1925, I, c. 392; Cass. S.U., 5 dicembre 1931, in « Il Foro italiano », LVII, 1932, I, c. 661). Tuttavia, l'atteggiamento della giurisprudenza non trovò il pieno appoggio della dottrina. Favorevole Santi Romano, convinto che « la responsabilità dell'amministrazione resta esclusa dalla discrezionalità dei suoi poteri » (ROMANO, *Sulla responsabilità degli enti amministrativi per mancata manutenzione delle vie pubbliche*, nota a Cass. Roma S.U., 28 luglio 1903, in « La legge », XLIV, 1904, c. 912; ma anche FORTI, *La responsabilità "in omissis" della Pubblica Amministrazione* (nota a Cass. Roma, 21 luglio 1903), in « Giurisprudenza italiana », LV, 1903, I, 1, cc. 1037-1073, spec. c. 1052 e A. GIAQUINTO, *Dei danni dipendenti dalla manutenzione delle opere pubbliche*, in « Rivista di diritto pubblico », XXI, 1929, pt. I, pp. 339-364, spec. pp. 347-348. Critici, invece, C. F. FERRARIS, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione e l'autorità giudiziaria*, in « Rivista di diritto pubblico », XVI, 1924, pt. I, pp. 205-226; DE FRANCESCO, *Potere discrezionale della p.a. e azione giudiziaria*, in « Il Foro di Lombardia », I, 1931, pp. 516-526; C.A. JEMOLO, *La competenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale nella risoluzione delle questioni tecniche*, in « Rivista di diritto pubblico », XIX, 1927, pt. I, pp. 569-579. Tra le voci dissenzienti spiccava per autorevolezza quella del Mortara, per il quale affermare « la irresponsabilità del Comune per lo stato di manutenzione di una strada » significava ammettere « che i privati vanno per le strade a loro rischio e pericolo, che il Comune è libero di seminare trabocchetti, buche, scavi, fosse, sul cammino pubblico, e che, conseguenza finale inesorabilmente logica, per quanto ridicola e assurda, chi non vuol correre pericoli deve star tappato in casa » (L. MORTARA, *Nota* a Cass. S.U., 21 agosto 1905, in « Giurisprudenza italiana », LVII, 1905, I, 1, c. 1076).

patrimoniale dei cittadini »⁽⁹⁴⁾. E, nelle riflessioni del giovanissimo Filippo Vassalli, prendeva forma la malcelata condanna per il crescente « collettivismo statale » introdotto dalla legislazione di guerra, per lo Stato che entrava nei rapporti privati con quella « veste autoritativa che non si scompagna mai dalla sua figura [e] finisce per avvolgere e soverchiare le autonomie inizialmente consentite »⁽⁹⁵⁾, per l'espansione incontrollata del regime amministrativo che metteva in pericolo, agli occhi del giurista romano, l'esistenza stessa del diritto privato e della sua scienza⁽⁹⁶⁾.

Ma, all'inizio degli anni Venti, il mito della *Freiheit der Verwaltung* stava ormai tramontando in tutta Europa: erano infatti gli anni della Scuola di Vienna, gli anni in cui Kelsen edificava il primato politico del potere legislativo e la supremazia della legge tra le fonti del diritto, cui corrispondeva, nelle sistemazioni di Herrnhoff e di Merkl, la riduzione della discrezionalità entro gli schemi concettuali della giurisdizione e la sua assimilazione ad una forma di interpre-

⁽⁹⁴⁾ FERRARIS, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, cit., pp. 224-225.

⁽⁹⁵⁾ F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, originariamente in « Rivista del diritto commerciale », VII, 1919, pt. I, ora in Id., *Studi giuridici*, vol. II, Roma, Il Foro Italiano, 1939, pp. 400-401, *passim*. Sulle riflessioni del giovane Vassalli di fronte ai rivolgimenti della legislazione bellica si veda GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 130-134; Id., *Il disagio di un legislatore (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)*, in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 293-382; da ultimo I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007, spec. pp. 203-209. Per una diversa lettura del « diritto arditamente innovatore » introdotto con la « bardatura di guerra », si vedano le considerazioni di U. BORSI, *Nuovi orientamenti e nuovi profili del diritto amministrativo italiano*, in « Rivista di diritto pubblico », XII, 1920, pt. I, pp. 1-24 (citazioni alle pp. 3 e 2) e, sul versante civilistico, di Francesco Ferrara, cui la guerra appariva come « un fatto giuridico grandioso » e come un « mezzo violento di evoluzione » dell'ordinamento (citazioni tratte rispettivamente da F. FERRARA, *Influenza giuridica della guerra nei rapporti civili* (1915), ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1954, p. 33 (corsivo dell'autore) e Id., *Diritto di guerra e diritto di pace* (1918), ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. I, cit., p. 71); sull'itinerario scientifico di Ferrara si rinvia ancora a GROSSI, *Scienza giudica italiana*, cit., pp. 130-134 e Id., *Itinerari dell'assolutismo giuridico. Saldezze e incrinature nelle « parti generali » di Chironi, Coviello e Ferrara*, in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 383-441).

⁽⁹⁶⁾ Cfr. VASSALLI, *Della legislazione di guerra*, cit., p. 402.

tazione della legge ⁽⁹⁷⁾. Ed anche la dottrina francese, seguendo le orme della giurisprudenza del *détournement de pouvoir*, registrava ormai che « le pouvoir discrétionnaire a cessé d'être discrétionnaire au point de vue du but », poiché la determinazione dell'interesse pubblico si era trasferita « dans le domaine de la légalité »: quello che solo pochi anni prima rappresentava, nelle pagine del Michoud, la prerogativa sovrana dell'amministrazione, ne diveniva ora il principale limite ⁽⁹⁸⁾. In Italia, infine, era lo stesso Consiglio di Stato ad auspicare un riflusso del potere discrezionale nell'alveo della legge, dopo gli eccessi dell'emergenza bellica ⁽⁹⁹⁾.

In questo contesto di progressivo contenimento del potere giu-

⁽⁹⁷⁾ R.H. HERRNRITZ, *Grundbren des Verwaltungsrechts*, Tübingen, Mohr, 1921; A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin, Springer, 1927. Questi autori svilupparono la concezione dell'amministrazione delineata oltre un decennio prima da Kelsen negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, dove il giurista praghese aveva respinto « la concezione della dottrina dominante, per la quale questa attività statale che si compie entro i limiti dell'ordinamento giuridico è un'attività "libera" », non essendo « più "libero" colui la cui libertà consiste solo, in misura maggiore o minore, nello scegliere i mezzi per il raggiungimento degli scopi » (H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, Mohr, 1911, trad. it. a cura di A. Caracciolo, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, pp. 554-555, *passim*). In realtà, com'è noto, il primo tentativo di riportare l'attività discrezionale entro gli schemi della giurisdizione risaliva a F. TEZNER, *Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden*, Wien, Manz, 1888, opera scritta in diretta polemica con Edmund Bernatzik circa il ruolo e la competenza del tribunale amministrativo austriaco del 1875. Sul significato giuridico e ideologico di queste sistemazioni si vedano i contributi di SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., pp. 157-209; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, Cedam, 1989, pp. 335-345; A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 70-71.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. M. REGLADE, *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir*, in « *Revue du droit public* », XXXII, 1925, p. 417; sulle medesime posizioni E. GIRAUD, *Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire*, in « *Revue generale d'Administration* », XLVII, 1924, pp. 298-320, spec. p. 319; M. WALINE, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, in « *Revue du droit public* », XXXVII, 1930, pp. 197-223, spec. p. 205; R. BONNARD, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, in « *Revue du droit public* », XXIX, 1923, pp. 363-392, spec. p. 373.

⁽⁹⁹⁾ Stabilisce, infatti, una sentenza del 1923 che « tutti i provvedimenti amministrativi che non siano emessi nello esercizio di un potere politico, si possono impugnare per illegittimità davanti a questo Collegio. Tale disposizione, diretta a garantire che gli

ridico e politico dell'amministrazione, s' inserisce l'affermazione zanobiniana del principio di legalità dell'azione amministrativa: « l'amministrazione può fare soltanto ciò che la legge espressamente le consente di fare ». Affermazione non da poco, che riconduceva, per la prima volta, tutti i poteri amministrativi, sia provvedimentali che regolamentari, nell'alveo della tipicità e della nominatività, in quanto la loro titolarità, « non essendo [...] propria e originale delle autorità amministrative [...], si deve ritenere dovuta ad una attribuzione di competenza fatta dalla costituzione o dalla legge » (100).

atti dell'autorità amministrativa, quale che sia la ragione di pubblico interesse che li ispira, salvo solo l'esercizio del potere politico, siano sempre contenuti nell'ambito della legge, è così fondamentale nel nostro ordinamento che, a rigore, non si dovrebbe in alcun caso ammettere che riman[ga] derogata. Tuttavia esigenze che devono presumersi assolutamente superiori e inderogabili hanno, talvolta, e soprattutto durante la guerra, suggerito al legislatore di statuire che determinati atti amministrativi siano sottratti al sindacato di legittimità. Costituendo tale deroga una norma affatto eccezionale è necessario, perché sia riconosciuta, che trovi la sua espressione su una precisa disposizione di legge positiva e non può essere applicata fuori dei casi e limiti nella medesima statuiti » (Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 1923 n. 1528, in « Rivista amministrativa del Regno », LXXV, 1924, pt. I, p. 35).

(100) ZANOBINI, *Sul fondamento giuridico della facoltà regolamentare*, in « Archivio giuridico », LXXXVII, 1922, p. 25. Infatti, in Italia, la dottrina maggioritaria d'inizio secolo considerava il potere regolamentare come un riflesso della titolarità del potere discrezionale, che non necessitava, pertanto, di alcuna attribuzione formale da parte della legge: si veda, in tal senso, ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, cit., p. 17; A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento*, in Id., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, Lapi, 1900, pp. 1-74, spec. p. 33; BORSI, *Le funzioni del comune italiano*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. II, pt. II, Milano, Società Editrice Libreria, 1915, spec. pp. 64-65; RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pp. 299-300; PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, vol. I, Roma, Athenaeum, 1917, p. 82; in senso contrario, pur con qualche ambiguità, CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. III, Milano, Società Editrice Libreria, 1901, spec. p. 129 (su cui A. PIZZORUSSO, *Il potere regolamentare in Federico Cammeo*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXII, 1993, pp. 403-411) e, più decisamente, D. DONATI, *Sui caratteri generali della legge in senso materiale*, in « Rivista di diritto pubblico », II, 1910, pt. I, spec. pp. 326-327. Con l'affermazione, invece, del principio di nominatività, « il preteso fondamento della potestà regolamentare nel potere discrezionale [veniva] a mancare di ogni giustificazione sia teorica che positiva » (ZANOBINI, *Sul*

Certo, la svolta zanobiniana rispondeva ancora ai postulati dello statualismo giuridico, per cui « non c'[era] nessun primato del Parlamento dietro questa conquistata legalità dell'azione amministrativa [...], nessuna volontà di ricondurre la centralità della vita dello Stato nell'organo rappresentativo della volontà e della complessità del sociale »⁽¹⁰¹⁾.

Né, d'altra parte, essa fu in grado « di sviluppare un processo di democratizzazione dell'attività e dell'organizzazione amministrativa »⁽¹⁰²⁾, il che non era, del resto, nei suoi intenti.

Tuttavia, la prolusione zanobiniana non rimase totalmente priva di conseguenze sull'assetto della sistematica amministrativistica⁽¹⁰³⁾. Infatti, la legge, che i teorici dello Stato amministrativo vo-

fondamento giuridico, cit., p. 25). La tesi di Zanobini, che riprendeva un'opinione assai diffusa nella dottrina tedesca (cfr. G. ANSCHÜTZ, *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preußischem Staatsrecht*, Tübingen und Leipzig, Mohr, 1901, spec. pp. 16-17; G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg, Mohr, 1887, p. 386; KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 511), ricevette aspre critiche, in particolare da L. RAGGI, *Il potere discrezionale e la facoltà regolamentare*, Milano, Vita e Pensiero, 1923; CRISCIUOLI, *Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in « Studi senesi », XXXIX, 1925, pp. 101-127; E. BETTI, *Sulla base giuridica del potere regolamentare*, in « Rivista di diritto pubblico », XIX, 1927, pt. I, pp. 7-25, decisi nel ribadire che « il potere regolamentare [...] è un potere proprio, originario dell'organo amministrativo » (ivi, pp. 15-16, corsivi dell'autore). Successivamente la tesi di Zanobini riuscì ad affermarsi anche presso i massimi teorici dello Stato amministrativo (si veda ad esempio RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1929, p. 327; ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1940, p. 315).

⁽¹⁰¹⁾ SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., p. 469. Il raffronto è, naturalmente, con le coeve sistemazioni della Scuola di Vienna, in cui la supremazia della legge poggiava sul primato politico e istituzionale del Parlamento. Si inserivano in questo contesto di limitazione, in senso democratico, dell'attività amministrativa, l'art. 18 della Costituzione Austriaca del 1920 (« L'amministrazione statale, nel suo complesso, si può esercitare solo in base alle leggi ») e la legge austriaca del luglio 1925 sul procedimento amministrativo (anche su questi temi si veda ID., *Tra Weimar e Vienna*, cit., pp. 157-209 e L. MANNORI - B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 463-469).

⁽¹⁰²⁾ SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., p. 470.

⁽¹⁰³⁾ Invece, secondo Sordi si trattò di una svolta « puramente nominalistica », incapace, cioè, « di incidere sull'inattaccabile centralità della pubblica amministrazione

levano relegata tra i limiti, meramente negativi, dell'attività amministrativa, risorgeva ora come l'unica manifestazione sovrana della volontà statale, come la fonte esclusiva di ogni potere pubblico, come la sola custode dei fini e degli interessi dello Stato. E la palingenesi della legge implicava sia il riconoscimento di una tendenziale identità tra amministrazione e giurisdizione — dato che entrambe le funzioni trovavano nel dettato normativo non soltanto un limite, ma anche i propri fini — sia la riduzione della discrezionalità amministrativa ad una forma di interpretazione, in quanto applicazione intellettuale di norme già predisposte dal legislatore.

Infine, sul piano costituzionale, la svolta zanobiniana segnava il superamento della supremazia speciale dell'amministrazione, considerata non più come un'istituzione sovrana e originaria, bensì alla stregua di un semplice apparato di organi dello Stato-persona. Si delineava, insomma, anche in Italia, un'immagine dello Stato moderno come "Stato legale", secondo un processo che predicava l'assorbimento dei principi dello Stato di diritto all'interno del concetto di supremazia della legge e il conseguente ridimensionamento dei poteri e del ruolo costituzionale dell'amministrazione ⁽¹⁰⁴⁾.

fissata nelle sue linee teoriche con le sistematiche romaniane e ranellettiane » (ivi, p. 471).

⁽¹⁰⁴⁾ « Der Rechtsstaat bedeutet die Justizförmigkeit der Verwaltung » (O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, München und Leipzig, Dunker & Humblot, 1914², pp. 63-64). Dello stesso segno le considerazioni di KELSEN, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., spec. p. 566 e di C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, München und Leipzig, 1928, trad. it. a cura di A. Caracciolo, *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, per cui « l'ideale perfetto dello Stato borghese di diritto culmina in una generale forma giurisdizionale di tutta l'attività statale » (ivi, pp. 181). In Francia, la distinzione tra *État de droit* e *État légal* trova il suo maggiore teorico in R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, I, Paris, Sirey, 1920, spec. pp. 486-490. Infine, per quanto riguarda la dottrina italiana — accanto alle note svalutazioni, a mezzo degli anni trenta, ad opera di Carmelo Caristia, della formula "Rechtsstaat" e del concetto di stato di diritto perché inutili, tautologiche e mere trascrizioni delle premesse e dei principi del "liberalismo politico" (cfr. C. CARISTIA, *Ventura e avventure di una formula: Rechtsstaat* (1934), ora in *Id.*, *Scritti giuridici storici e politici: I. Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 345-365; *Id.*, *Lo « Stato giuridico »* (1937), *ibidem* pp. 411-442) — si segnala la sintesi del Bodda per cui « lo Stato legale [è] l'ordinamento giuridico statale che, non soltanto si organizza nella propria amministrazione, ma che sottomette quest'ultima alla legge » (BODDA, *Lo Stato di diritto* (a

Sospesa tra la crisi del neonato Stato parlamentare italiano e l'avvento, altrettanto drammatico e incerto, della dittatura "a viso aperto", la prolusione del 1924 segnava, quindi, una tanto rigorosa quanto inattuale riaffermazione dei principi del *Rechtsstaat*: di fronte alla disordinata e inarrestabile crescita dell'amministrazione, proiettata dall'emergenza bellica verso la pubblicizzazione di territori tradizionalmente riservati al dominio del diritto privato, di fronte all'emersione di una funzione amministrativa che sempre di più incarnava i segni di una potestà sovrana, di una incontrollabile

proposito di alcune recenti opinioni), Milano, Giuffrè, 1935, p. 34. Le conseguenze di questo processo ebbero evidenti riflessi sull'elaborazione dottrinale, dove si assiste ad una tendenziale revisione in senso legicentrico del rapporto legge-amministrazione. Infatti, aderirono alla concezione zanobiniana giuristi come ALESSI, *Sul concetto di attività discrezionale della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 73; A. LEVI, *Attività lecita individuale e attività discrezionale amministrativa*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, vol. II, Padova, Cedam, 1933, p. 104; TREVES, *La presunzione di legittimità*, cit., p. 8. Ma si possono registrare significativi ripensamenti anche da parte dei massimi teorici dello Stato amministrativo: ad esempio, Santi Romano nel *Corso di diritto amministrativo* del 1930 sostiene che « l'amministrazione [...] anche quando essa è libera, non si tratta mai di quella libertà che la legge concede ai privati [...]; le finalità che può proporsi l'amministrazione debbono corrispondere a quelle che sono, sia pure genericamente, determinate dalla norma da cui il suo potere discrezionale deriva [...]». In questo senso, la funzione amministrativa può anche dirsi esecutiva: il diritto costituisce per essa, oltre che un limite negativo, una norma positiva, che deve eseguire » (ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1930, pp. 39-40). Ma lo stesso Borsi rilevava, all'inizio degli anni Trenta, come « pochi sono gli atti nei quali la volontà manifestata [dalla pubblica amministrazione] non è che mera nuova espressione della volontà legislativa » (BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1930, p. 21). La tesi di Zanobini riuscì a far breccia anche in alcune pronunce del giudice amministrativo: si consideri, in tal senso, Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 1937, in « Il Foro italiano », LXII, 1937, III, c. 127, per cui « il potere discrezionale deve essere esercitato non solo entro i limiti tracciati dalla legge, ma benanco per i fini voluti dalla legge stessa, costituendo tali fini uno, e forse più importante, dei limiti posti all'esercizio di quel potere ». Infine, a testimonianza del progressivo indebolimento della supremazia speciale dell'amministrazione, verso la metà degli anni Trenta si afferma, nella giurisprudenza ordinaria, un indirizzo volto a ricondurre la responsabilità civile della pubblica amministrazione nell'ambito del generale principio del *neminem laedere* (si vedano, in tal senso, Cass. S.U., 19 giugno 1936, in « Il Foro italiano », LXI, 1936, I, cc. 1489-1490; Cass. S.U., 8 marzo 1937, in « Giurisprudenza italiana », LXXXIX, 1937, I, I, c. 466; Cass. S.U., 25 maggio 1938, in « Il Foro amministrativo », XVI, 1938, II, c. 142; Cass. S.U., 25 luglio 1940, in « Il Foro amministrativo », XVII, 1940, I, c. 1148).

minaccia alle libertà civili ⁽¹⁰⁵⁾, Zanobini ritrovava nella separazione dei poteri e nella supremazia della legge i principi in grado sia di assicurare l'unità, la stabilità e la coerenza dell'ordinamento, sia di garantire i diritti dei cittadini dalle ingerenze del potere politico statale, preservando, al tempo stesso, la sovranità dello Stato dal destabilizzante conflitto socio-politico dei primi decenni del secolo. Pensato come il custode della costituzione liberale, il primato della legge ipotizzato da Zanobini nel 1924 avrebbe, in realtà, difeso un modello ideologico statualistico, astratto e atemporale, capace tanto di adattarsi alle istanze corporative dello Stato etico fascista, quanto di attraversare indenne la crisi del regime per riproporsi, pressoché invariato, nel nuovo ordine democratico dell'Italia repubblicana ⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ Si veda, ad esempio, quanto Zanobini afferma in *Diritto a indennità in conseguenza dell'aumento del demanio comunale per iniziativa privata* (nota a Cass. Roma S.U., 22 novembre 1921), in « Rivista del diritto commerciale », XX, 1922, ora in *Id., Scritti vari di diritto pubblico*, cit., spec. pp. 444-445, 450.

⁽¹⁰⁶⁾ Come notava Giannini nel 1965, « la postpandettistica italiana rappresentò [...] il tentativo, che fecero i giuristi italiani, di dominare dall'interno il fascismo, avviandolo verso una prassi di conservatorismo illuminato » (GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », XV, 1965, p. 14); sulla stessa linea le considerazioni di M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Bari, Laterza, 1990, p. 45. Per una innovativa lettura del rapporto tra cultura giuridica e fascismo, si vedano R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1990; C. SALVI, *La giusprivatistica tra codice e scienza*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 233-273; P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXVIII, 1999, pp. 175-282; C. MARZUOLI, *Su alcuni aspetti della dottrina del diritto amministrativo tra fascismo e repubblica: appunti per dei giudizi da rivedere*, ivi, pp. 787-816; U. BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato — Testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, ivi, pp. 293-510; A. SOMMA, *Fascismo e diritto: una ricerca sul nulla?*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », LV, 2001, pp. 597-663; N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, Giuffrè, 2003; infine, per quanto riguarda il ruolo di Zanobini nella complessa vicenda del corporativismo fascista si segnalano i contributi di SORDI, *La resistibile ascesa del diritto pubblico dell'economia*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXVIII, 1999, spec. p. 1057 e, da ultimo, di STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., spec. pp. 58-59.

E tuttavia il tentativo di giuridicizzare l'intera attività amministrativa, di imputare allo Stato l'attività dei suoi organi attraverso un modello di chiara ispirazione pandettistica, volto a ricondurre all'interno della legge ogni manifestazione di volontà dello Stato-persona, non poteva che risultare "eccessivamente semplice" di fronte ad un ordinamento, come quello italiano, che nel corso degli anni Venti e Trenta andava incontro ad una tumultuosa trasformazione istituzionale, sociale e politica ⁽¹⁰⁷⁾.

Che la legge, infatti, non potesse costituire un limite teleologico per il potere amministrativo fu subito chiaro, sia per quei giuristi che rivendicavano, come Giannini, uno spazio di autonomia per l'amministrazione dello Stato multifinale, sia per coloro che, come Costantino Mortati, ricercavano al contrario al di là della legge, agli estremi confini tra ordinamento giuridico e Stato-comunità, i limiti e gli scopi della funzione amministrativa.

L'interesse pubblico, quell'elemento che nella sistemazione zanobiniana fondava la subordinazione funzionale dell'amministrazione al potere legislativo, nella ricostruzione di Giannini perde qualsiasi forza prescrittiva. Non esiste, infatti, secondo Giannini, alcun interesse pubblico precostituito che possa fungere da limite o da scopo per l'attività amministrativa: tale non può essere l'interesse essenziale, che limita l'atto ma non la discrezionalità e neppure « gli scopi dello Stato », che « non si comprende cosa siano, né come si distinguano » ⁽¹⁰⁸⁾. Poiché « un determinato interesse pubblico *non esiste mai isolato nel mondo sociale* », ma « in tanto esiste, in quanto vi sono altri interessi cui ordinarlo » ⁽¹⁰⁹⁾, l'interesse pubblico perseguito in concreto dall'amministrazione non

⁽¹⁰⁷⁾ Ed infatti, il principale limite della sistematica zanobiniana può essere rintracciato nella tendenza a riassorbire i limiti giuridici della funzione amministrativa nell'ambito della legalità formale o, comunque, all'interno di un sistema di norme sempre riconducibili ad una manifestazione di volontà dello Stato-persona, secondo un modello che postulava un ordinamento completo dal punto di vista della normazione statale (si vedano, in tal senso, le considerazioni di Zanobini in uno dei suoi primi scritti: *Le norme interne di diritto pubblico*, in « Rivista di diritto pubblico », VII, 1915, pt. II, pp. 342-343).

⁽¹⁰⁸⁾ GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 68.

⁽¹⁰⁹⁾ Ivi, p. 77, corsivo dell'autore.

può preesistere alla funzione amministrativa, essendone il risultato. Più precisamente, l'interesse pubblico corrisponde al regolamento d'interessi formalizzato nel provvedimento, il quale riflette la soluzione che l'amministrazione ha ritenuto più opportuna nel caso concreto, dopo aver ponderato i vari interessi implicati nell'esercizio del potere.

La ponderazione degli interessi coincide col merito amministrativo, la cui netta distinzione dalla legittimità costituisce uno dei punti cardine della teoria di Giannini. Il merito designa, infatti, « l'opportunità politica » e « intimamente sociale » rappresentata « da tutta quell'attività diretta alla ricerca, alla selezione dei vari interessi, alla preparazione degli elementi per la valutazione di ciascuno di essi »: trattandosi di attività essenzialmente politica, la ponderazione degli interessi è svincolata da qualsiasi prescrizione normativa, pur potendo essere disciplinata « da regole non giuridiche, le quali emergono nei giudizi di merito »⁽¹¹⁰⁾. Essa si risolve nell'individuazione di più soluzioni possibili, tra cui l'amministrazione sceglierà quella che ritiene, nel caso concreto, più opportuna e conveniente alla realizzazione del pubblico interesse. La scelta dell'amministrazione, in quanto sottratta a qualsiasi parametro giuridico, risulterà insindacabile sotto il profilo della legittimità⁽¹¹¹⁾.

La legittimità riguarda, invece, tutte quelle prescrizioni che limitano dall'esterno il margine discrezionale: in definitiva, essa concerne solo l'atto, in quanto formalizzazione giuridica della ponderazione discrezionale e si riflette, a livello dogmatico, nella definizione legislativa degli elementi discrezionali (il vizio tipico è, in tal caso, la violazione di legge), ovvero nell'indicazione della causa (la cui violazione dà luogo all'eccesso di potere). Fu proprio sulla fondamentale questione dei rapporti tra merito e legittimità che si innescò la polemica con Costantino Mortati.

Già nel corso degli anni Venti la dottrina amministrativistica aveva preso coscienza dell'impossibilità di ridurre il concetto di legittimità a quello di legalità formale, per cui, fermo restando il

⁽¹¹⁰⁾ Ivi, pp. 180 e 166.

⁽¹¹¹⁾ « La valutazione politica implica l'impossibilità di una soluzione unica, mancando un corpo di regole oggettivamente determinabili che la regoli » (ivi, p. 72).

principio di nominatività degli atti amministrativi, i limiti del potere discrezionale non andavano cercati nella legge (*rectius* nel controllo di legalità sull'atto), ma altrove. Iniziava, così, la lentissima emersione della funzione amministrativa dall'abisso del pregiudicato.

La scienza francese, sulla scorta della teoria istituzionistica di Hauriou, aveva rintracciato tali limiti all'interno dell'ordinamento amministrativo, tra le regole prodotte, cioè, dall'istituzione amministrativa da cui originava lo stesso potere discrezionale. L'insieme di queste regole extralegali — largamente desunte dalla giurisprudenza del *Conseil d'Etat* — andava a formare la nozione di *moralité administrative*, il cui effetto ultimo era quello di determinare, attraverso una estrema dilatazione del ricorso *pour excès de pouvoir*, il completo assoggettamento del potere alla funzione ⁽¹¹²⁾.

⁽¹¹²⁾ L'iniziatore di questo indirizzo è ancora Maurice Hauriou il quale, già nel 1917, affermava che « la notion de l'excès de pouvoir est ainsi beaucoup plus étendue que celle de la légalité; elle correspond à la morale, qui est plus étendue que le droit » (M. HAURIOU, *note* à Cons. d'Etat, 4 avril 1914 et Cons. d'Etat, 1er mai 1914, (*arrêts Gomel et Didier*), dapprima in « Recueil des arrêts du Conseil d'Etat », LXXXVII, 1917, pt. III, p. 25, successivamente in *Id.*, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, vol. II, Paris, Sirey, 1929, p. 375, da cui è tratta la citazione). Tuttavia, è solo con Henry Welter che il rapporto tra la teoria istituzionistica e la concettualizzazione del *détournement de pouvoir* come vizio della funzione viene sviluppato in maniera organica. Affermava, infatti, il Welter che « le pouvoir discrétionnaire [...] ne trouve pas seulement ses limites dans la loi, mais encore et avant tout dans certaines règles qui dérivent, d'une façon directe, de la nature institutionnelle de l'administration publique. [...] Ces règles consacrent le principe de la moralité administrative » (H. WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Paris, Sirey, 1929, p. 40, corsivi dell'autore). « En tout cas », proseguiva il Welter, « la théorie de l'erreur de fait ou de la rationalité des décisions administratives n'a pu se développer que grâce à la théorie du détournement de pouvoir qui, la première, avait mise en évidence l'idée fondamentale de l'institution administrative qui postule l'assujettissement complet du *pouvoir* à la *fonction* » (ivi, p. 63, corsivi dell'autore). L'indirizzo è seguito da tutti i maggiori amministratoristi francesi dell'epoca: si vedano, ad esempio, A. HAURIOU, *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, in *Melanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 233-240; J. RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieurs administratives*, Paris, Sirey, 1934, spec. p. 382; nel secondo dopoguerra sarà Venezia a ribadire che « le pouvoir discrétionnaire de l'administration trouve donc son fondement dans le caractère d'entreprise de son action » (J.C. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, Sirey, 1959, p. 107). In Italia, questa teoria fu recepita principalmente da BODDA, *La nozione di « causa giuridica »*, cit., p. 55 nt. 3.

Anche la dottrina italiana, pur rimanendo, in genere, legata ad una visione formalistica del fenomeno amministrativo, finì col riconoscere l'esistenza di talune regole o principi di natura tecnica o sociale, tali da comprimere la valutazione discrezionale verso un novero di soluzioni sempre più ristretto. Come per l'esperienza francese, anche in Italia fu fondamentale la rilettura dell'eccesso di potere fornita dalla giurisprudenza, che consentiva ad Alfredo Codacci Pisanelli di affermare, già alla fine dell'Ottocento, che « vi potrà essere eccesso di potere quando una misura amministrativa sia fondata su apprezzamenti che contengano qualcosa di illogico e di irrazionale o di contrario allo spirito della legge »⁽¹¹³⁾. E così, mentre il Consiglio di Stato dava lentamente forma alle cosiddette “figure sintomatiche” dello sviamento di potere⁽¹¹⁴⁾, formidabile ‘cavallo di troia’ di un diritto non

(113) A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, nota a Cons. Stato, sez. IV, 7 gennaio 1892, in « Giurisprudenza italiana », XLIV, 1892, III, c. 119. Com'è noto, la sentenza in questione rigettava il ricorso poiché « l'apprezzamento che il governo del Re ne ha fatto e ha messo a base del suo provvedimento, non contiene nulla di illogico e d'irrazionale o contrario allo spirito della legge per riconoscere nel provvedimento medesimo un eccesso di potere » (ivi, c. 152).

(114) Si tratta notoriamente dell'illogicità, della manifesta ingiustizia, del travisamento dei fatti e della disparità di trattamento. Per quanto riguarda l'illogicità — nel cui ambito si possono far rientrare anche le varie forme di contraddittorietà (della motivazione e tra motivazione e dispositivo) — possono vedersi, tra le più risalenti: Cons. Stato, sez. IV, 5 dicembre 1902, in « Giurisprudenza italiana », LV, 1903, III, c. 20; Cons. Stato, sez. IV, 13 marzo 1903, in « Giurisprudenza italiana », LV, 1903, III, c. 213; Cons. Stato, sez. IV, 10 febbraio 1905, in « Giurisprudenza italiana », LVII, 1905, III, c. 152; Cons. Stato, sez. IV, 3 novembre 1906, in « Giurisprudenza italiana », LIX, 1907, III, c. 21. Per quanto riguarda il travisamento dei fatti si segnalano: Cons. Stato, sez. IV, 25 maggio 1894, in « Giurisprudenza italiana », XLVI, 1894, III, c. 263; Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 1895, in « Giurisprudenza italiana », XLVII, 1895, III, c. 249; Cons. Stato, Ad. gen., parere 19 febbraio 1896, in « Giurisprudenza italiana », XLVIII, 1896, III, c. 108; Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 1900, in « La Giustizia amministrativa », XI, 1900, c. 28; Cons. Stato, sez. IV, 3 luglio 1903, in « La Giustizia amministrativa », XIV, 1903, c. 427. La necessità di conformare gli atti della pubblica amministrazione ad un principio di giustizia sostanziale veniva sancito per la prima volta dal Consiglio di Stato nel parere del 5 dicembre 1879, secondo cui la portata del ricorso giurisdizionale « sebbene ristretta letteralmente alla sola legittimità, non esclude [...] il riesame di quelle questioni sostanziali che si attengono alla vera giustizia dei provvedimenti che è la condizione di ogni buona amministrazione » (citato da L. RAGNISCO, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in « La Legge », XLVI, 1906, c.

scritto creato per invadere la cittadella della funzione, nella pubblica italiana degli Venti e Trenta sempre più frequenti si facevano i richiami all'equità come strumento di controllo del merito amministrativo ⁽¹¹⁵⁾, ai principi generali del diritto che « vincolano l'attività, e tolgono la discrezionalità » ⁽¹¹⁶⁾, alla necessità di rintracciare i limiti del potere discrezionale nella « coscienza collettiva » ⁽¹¹⁷⁾, ovvero « nell'*officium* dell'amministratore » ⁽¹¹⁸⁾.

Nonostante l'imprecisione concettuale, la ricerca di una legitti-

2069); il principio veniva ribadito in un altro parere del 1884, dove il Consiglio di Stato stabiliva che « la legge non ha definito il concetto di legittimità degli atti amministrativi secondo il nostro diritto pubblico, ma ne ha lasciata l'intelligenza alla dottrina ed all'uso, e, secondo la dottrina e l'uso, non è tenuto per legittimo qualunque atto amministrativo contrario alle leggi ed alla giustizia » (in « La Giustizia amministrativa », XXXIX, 1888, c. 74); le sezioni giurisdizionali si conformarono a questo indirizzo a partire dal secondo decennio del secolo: una decisione del 1911 affermava, infatti, che la potestà amministrativa « trova necessariamente un limite ed una norma sia nel fine pubblico al quale deve servire, sia in quei principi generali d'imparzialità e di giustizia che devono presiedere a tutta l'azione dello Stato e dei suoi funzionari » (Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 1911, in « Giurisprudenza italiana », LXXIII, 1911, III, c. 324); solo, però, nel corso degli anni Venti il vizio assunse la precisa denominazione di « manifesta ingiustizia » (si veda, in tal senso, Cons. Stato, sez. IV, 5 giugno 1925, in « Giurisprudenza italiana », LXXVII, 1925, III, c. 237). Sulla disparità di trattamento, intesa come forma tipica di ingiustizia sostanziale, si vedano Cons. Stato, sez. IV, 20 giugno 1913, in « La Giustizia amministrativa », XXIV, 1913, p. 310; Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 1914, in « La Giustizia amministrativa », XXV, 1914, p. 588; Cons. Stato, sez. IV, 16 dicembre 1927, in « Il Foro amministrativo », IV, 1928, I, 1, c. 69; Cons. Stato, sez. IV, 6 giugno 1930, in « Il Foro italiano », LV, 1930, III, c. 177.

⁽¹¹⁵⁾ È il Ragnisco il primo autore ad affermare che « lo scopo della giustizia amministrativa non si esaurisce soltanto col garantire la legalità formale del provvedimento; occorre anche che si raggiunga la giustizia, l'equità nell'amministrazione, perché molto spesso si può rispettare la prima e violare la seconda » (RAGNISCO, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit., c. 2071). Ma il tema dell'equità, com'è noto, fu anche al centro della riflessione del Cammeo (cfr. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, in « Annuario della R. Università di Bologna », 1924, pp. 15-34; su cui possono vedersi le considerazioni di F. MERUSI, *L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla ricerca dei fondamenti primi della legalità sostanziale*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXII, 1993, pp. 413-420 e di G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004, spec. p. 54).

⁽¹¹⁶⁾ LA TORRE, *Le questioni fondamentali della giustizia amministrativa*, cit. p. 79.

⁽¹¹⁷⁾ RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, cit. p. 188.

⁽¹¹⁸⁾ LEVI, *Attività lecita individuale e attività discrezionale amministrativa*, cit., p. 104.

mità sostanziale, di una *Rechtmässigkeit der Verwaltung* ⁽¹¹⁹⁾, stringeva inevitabilmente il cerchio attorno alla discrezionalità, che sempre di meno veniva raffigurata come un “potere libero nel fine” per assumere le forme di « un vero e proprio dovere giuridico, in quanto scaturisce dalle necessità fondamentali dell’organizzazione dello Stato e dell’ordinamento giuridico » ⁽¹²⁰⁾. Tuttavia, sarà soltanto verso la metà degli anni Trenta che la scienza giuridica italiana riuscirà a dare una sistemazione teorica credibile a questo incerto « dovere » dell’amministrazione di attenersi a principi, regole od istanze variamente collocate nell’ordinamento.

Nello studio del 1935 su *Volontà e causa nell’atto amministrativo e nella legge*, Mortati affermava che « il contenuto dell’attività amministrativa [...] non è irrilevante pel diritto », poiché « quando la legge conferisce un determinato potere e nello stesso tempo determini, in modo più o meno generico, lo scopo di esso, non procede solo ad un’attribuzione di competenza ma dispone anche un rinvio [...] alle norme non giuridiche, che disciplinano l’attività diretta a questo scopo »; per l’esattezza, questo rinvio « deve intendersi implicitamente operato a quelle norme obbiettivamente accertabili e desumibili dalla tecnica amministrativa, formulate in base a criteri di media, le quali poi debbono essere applicate ai singoli casi, secondo un procedimento logico non differente da quello della sussunzione della fattispecie ad un precetto legale » ⁽¹²¹⁾.

⁽¹¹⁹⁾ Per la distinzione tra *Gesetzmäßigkeit* e *Rechtmässigkeit der Verwaltung* si veda MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 162-163.

⁽¹²⁰⁾ RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, cit., pp. 15-16. In quest’ottica, il percorso del Raselli mostrava tutte le contraddizioni di una dottrina ancora affascinata dal mito della supremazia amministrativa, ma, contemporaneamente, protesa alla ricerca di un limite sostanziale al potere degli apparati: infatti, se da un lato veniva riaffermata la capacità originaria dell’amministrazione di « agire [per] un interesse proprio », dall’altro, si sentiva l’esigenza di sottoporre l’« esercizio del potere discrezionale [...] ad un imperativo così formulato: *fa quello che è il più opportuno nell’interesse pubblico* » (ID., *Alcune note intorno ai concetti di giurisdizione e amministrazione*, Roma, Athenaeum 1926, rispettivamente pp. 8, 26, corsivo dell’autore), dove il carattere precettivo della regola (assai diversa da quella già formulata dal Bernatzik, per cui l’amministrazione deve fare quello che *crede* più opportuno nell’interesse pubblico), sembrava prefigurare un autentico dovere giuridico di agire secondo opportunità.

⁽¹²¹⁾ MORTATI, *Volontà e causa nell’atto amministrativo e nella legge*, cit., p. 526.

La nuova veste dogmatica della discrezionalità era, quindi, chiaramente delineata: non più una sfera di disposizione libera dal diritto, bensì un vero e proprio dovere giuridico dell'autorità di attenersi alle regole non giuridiche richiamate dalla norma attributiva del potere attraverso l'indicazione della causa.

La figura del rinvio, elaborata dalla dottrina internazionalistica nell'ambito del diritto internazionale privato tra la fine dell'Ottocento e i primi del Novecento, era l'espedito teorico che consentiva a Mortati di risolvere il problema dell'efficacia vincolante delle norme extralegali implicate nell'esercizio del potere ⁽¹²²⁾. Mediante il rinvio, difatti, la regola richiamata assume all'interno del sistema il valore di « fonte sussidiaria », avente « il compito di funzionare come mezzo di interpretazione e di applicazione della norma che attribuisce la facoltà di agire » ⁽¹²³⁾.

⁽¹²²⁾ Sull'elaborazione della figura del rinvio nella dottrina internazionalistica europea si veda anzitutto H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Hirschfeld, 1899, trad. it. a cura di Giulio Cesare Buzzati, *Diritto internazionale e diritto interno*, Torino, Utet, 1913, spec. pp. 156-160. Per quanto riguarda la dottrina italiana si vedano G. OTTOLENGHI, *Sulla funzione e sulla efficacia delle norme di diritto internazionale privato*, Torino, Utet, 1913; M. MARINONI, *La natura giuridica del diritto internazionale privato*, in « Rivista di diritto internazionale », VII, 1913, pp. 346-371; ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1929, spec. p. 45; G. BALLADORE PALLIERI, *Le origini internazionali del diritto internazionale privato*, in « Temi emiliana », VII, 1930, II, 89-99.

⁽¹²³⁾ MORTATI, *Volontà e causa*, cit., p. 526. Così delineato, il rinvio teorizzato da Mortati non può che considerarsi recettizio: infatti, la norma extralegale assume non l'efficacia di un mero fatto giuridico, bensì un'efficacia giuridica piena e diretta mercé la sua capacità di integrare, come fonte sussidiaria, la norma attributiva del potere, cioè la norma richiamante (per la distinzione tra rinvio recettizio e rinvio formale si veda F. BASSI, *La norma interna*, Milano, Giuffrè 1963, p. 162). Pertanto, non pare convincente il Mortati quando scrive di ritenere « più esatto far rientrare il rinvio ai criteri sociali o alle massime di comune esperienza nella figura che si chiama del rinvio formale », pur ribadendo il « carattere di vere norme giuridiche da attribuire ai precetti che di volta in volta si assumono » (Id., voce *Discrezionalità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, Torino, Utet, 1968, p. 1105). Che si trattasse, nella sostanza, di un rinvio recettizio, fu rilevato a suo tempo da Giuseppe Codacci Pisanelli nella monografia del 1940 su *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, dove, criticando la ricostruzione di Mortati, l'autore operava una riqualificazione delle norme richiamate come meri fatti giuridici — secondo l'esatto paradigma del rinvio formale — provocando, con ciò, la reazione dell'illustre giuspubblicista (si veda G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come*

Questa prima fase della riflessione mortatiana si sviluppa all'interno di un modello normativistico effettivamente in grado di giuridicizzare il complesso delle attività statali, superando i limiti della concezione zanobiniana e l'impasse teorica insita nella stessa sistematizzazione gradualistica kelseniana. Mortati prefigurava infatti, sulle orme del Donati, un ordinamento non necessariamente completo dal punto di vista legislativo, ma piuttosto capace di autointegrarsi grazie all'intervento di « “fonti sussidiarie di diritto”: cioè [di] norme, in sé non di diritto statutale, dalle quali, anche per i casi non particolarmente considerati, potranno derivare limiti alla libertà, deroghe alla norma generale fondamentale » (124).

La « necessaria completezza logica di ogni ordinamento » (125) riaffermava, quindi, la supremazia della legge, senza tuttavia riconoscere la pluralità delle fonti e la complessità dell'organizzazione statale: essa collocava qualsiasi soggetto, pubblico o privato, all'interno del meccanismo di produzione giuridica, riconducendo, al tempo stesso, ogni potere discrezionale sotto l'egida del diritto; ma di un diritto, in buona sostanza, sempre e comunque controllato dalla volontà dello Stato (126).

sanzione di norme non giuridiche, Milano, Giuffrè, 1940, p. 114 nt. 32; su cui cfr. *infra*, par. 5).

(124) DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 234. Com'è noto, la “norma generale fondamentale” è, nel sistema del Donati, norma di chiusura dell'ordinamento, « escludendo così che nell'ordinamento giuridico possa esistere mai una lacuna, cioè un caso che non cada sotto alcuna norma di diritto » (ivi, pp. 36-37). Sulla teoria del Donati e sul dibattito svoltosi tra gli anni Dieci e Venti del Novecento sul problema delle lacune, si veda GUASTINI, *Completezza e analogia. Studi sulla teoria generale del diritto italiana del primo novecento*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », VI, 1976, pp. 513-591.

(125) DONATI, *Il problema delle lacune*, cit., p. 232.

(126) Così concepito, il potere discrezionale, seppure incardinato nella funzione di produzione del diritto, non possiede alcunché di creativo, riducendosi ad un'attività meramente intellettuale di ricerca ed applicazione delle fonti richiamate dalla legge, secondo uno schema in cui veniva meno ogni « distinzione di principio fra attività amministrativa vincolata e attività discrezionale » (MORTATI, *Volontà e causa*, cit., p. 529). Sempre in un'ottica prettamente normativistica, a conclusioni parzialmente differenti era giunto il Kelsen, il quale, pur considerando la discrezionalità una forma di interpretazione, assegnava a quest'ultima carattere creativo e non meramente intellettuale. Applicata al rapporto tra legge e amministrazione, questa ricostruzione generava evidenti

Questa impostazione, tuttavia, doveva andare incontro, solo l'anno seguente, ad una notevole evoluzione in senso realistico ⁽¹²⁷⁾. Nel 1936 infatti, il giurista calabrese, ritornando sul tema del potere discrezionale, precisava che l'elemento della causa « esprime solo il principio del rinvio a norme extralegali, senza però contenere alcuna determinazione precisa, né delle norme da applicare, né della misura della rilevanza che è loro da attribuire » e che « questa misura può esser data » solo « dalla costituzione, intesa in senso materiale, come quella che, fissando la posizione fondamentale sia del cittadino, sia degli organi pubblici di fronte allo Stato e alle sue finalità supreme, indica l'estensione e il grado di efficacia delle norme sociali per la regolamentazione dell'attività lecita » ⁽¹²⁸⁾.

Pertanto, se da un lato venivano ribaditi i lineamenti dogmatici della discrezionalità come “dovere funzionale” dell'amministrazione, dall'altro ne venivano stravolti i parametri extralegali di riferimento, che da tecnici che erano diventavano ora « sociali ». Ma non solo. Era la volontà stessa dello Stato-persona a cedere il passo ad un principio di tipo politico, rappresentato da quella « costituzione in senso materiale » che era adesso chiamata a guidare le scelte dell'amministrazione verso l'unica soluzione possibile: quella conforme alla decisione delle forze politiche dominanti in un dato

« difficoltà alla coerenza della metodologia della “dottrina pura del diritto” » (così AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., p. 340): infatti, mentre da un lato il giurista praghese rappresentava la funzione amministrativa come « individualizzazione o concretizzazione di leggi », dall'altro sottolineava la necessità della discrezionalità come potere creativo di scelta, in quanto « la norma generale non può mai determinare *completamente* l'atto giuridico che la individualizza » (KELSEN, *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*, Wien 1926, trad. it. a cura di A. Carrino, *Lineamenti di teoria generale dello Stato*, in Id., *Dottrina dello Stato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, pp. 97-98 *passim*, corsivo dell'autore).

⁽¹²⁷⁾ Sul realismo di Mortati inteso come « atteggiamento rivolto all'esperienza giuridica storicamente concreta » si vedano le considerazioni di G. ZAGREBELSKY, *Premessa a MORTATI, La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998, spec. pp. XV-XVI.

⁽¹²⁸⁾ MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, cit., p. 1018. La nozione di costituzione in senso materiale veniva qui usata da Mortati per la prima volta. Per un'ampia analisi dell'incidenza delle norme non giuridiche nell'azione amministrativa si veda, per la dottrina tedesca, W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, Mohr, 1913, spec. pp. 41-68.

momento storico. Secondo questo disegno, spettava all'« ordine costituzionale » fissare la misura del sindacato di legittimità ⁽¹²⁹⁾, assegnando al giudice il compito di controllare l'esattezza delle scelte compiute dall'amministrazione. Così concepito, il giudizio amministrativo assumeva la funzione di una vera e propria *Rechtsfindung*, di un riconoscimento, cioè, di norme già presenti nello Stato-comunità e che, attraverso il sindacato giurisdizionale, ricevevano la loro definitiva sanzione all'interno dell'ordinamento giuridico ⁽¹³⁰⁾.

⁽¹²⁹⁾ « Le norme sociali offrono la guida per l'azione e il criterio per il loro sindacato, l'ordine costituzionale [...] fissa la misura di questo sindacato » (MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, cit., p. 1018).

⁽¹³⁰⁾ Ne *La costituzione in senso materiale*, Mortati faceva espresso riferimento al fenomeno della "politicizzazione" del giudice come la necessaria conseguenza della soggezione di tutti i poteri pubblici all'indirizzo politico dominante: « si può esattamente sostenere », scriveva nel 1940, « che il giudice », più che ai valori contenuti nelle leggi, « sia vincolato ai valori affermati nell'indirizzo politico, anche se innovativi rispetto alla legislazione esistente: ossia a quegli stessi valori cui il legislatore dovrà aderire nella sua attività futura. Con ciò non si trascende l'ordinamento positivo, poiché l'indirizzo politico fa parte di quest'ordinamento » (ID., *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 195 nt. 115). Sebbene collocata dimessamente in nota, l'affermazione segnava una significativa svolta nel pensiero del giurista calabrese che, nel saggio del 1931 su *L'ordinamento del governo*, aveva addirittura sostenuto la « modesta importanza della funzione giurisdizionale per i fini politici dello Stato » (ID., *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma 1931, p. 12). Invero, la precisazione appariva in singolare contrasto con l'assunto teorico che informava l'intero studio, secondo cui « la funzione di governo [...] agisce come principio motore di tutto il complesso dell'attività statale: indica ai vari organi la via e riconosce la conformità dei loro atti al fine [politico] » (ivi, p. 14). Comunque, quella dei rapporti tra politica e giurisdizione resterà per Mortati una questione irrisolta, tanto che, in uno scritto di poco successivo a *La costituzione in senso materiale*, il giurista calabrese avrà cura di evidenziare che solo nell'ordinamento tedesco « l'interesse della giustizia e quello dell'unità nelle varie manifestazioni di volontà dello Stato [sono] considerati prevalenti su quello della certezza del diritto », mentre nel sistema italiano, che « diverge dal tedesco notevolmente », i principi generali « sono diretti ad interpretare » le norme statuali « o a supplire alla loro mancanza, non a modificarle » (MORTATI, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista* (1941), a cura della Facoltà di Giurisprudenza e della Scuola di Perfezionamento nelle Discipline Corporative della R. Università di Pisa, Pisa 1943, p. 125 e nt. 2). Sul fenomeno della politicizzazione del giudice nella dottrina e nel diritto nazionalsocialista si vedano F. PIERANDREI, *I diritti pubblici subbietivi nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino, Giappichelli, 1940; C. LAVAGNA, *La*

Non era, per altro, la prima volta che la politica faceva il suo ingresso tra i principi dell'ordinamento amministrativo: infatti, era stato ancora il Donati, ben dieci anni prima, ad affermare che « la concessione di un potere discrezionale significa [...] rinvio a principi politici che la legge non formula, ma che la Pubblica Amministrazione nella sua attività concreta deve determinare ed osservare »⁽¹³¹⁾. Ma il “decisionismo” di Mortati poggiava su una robusta base teorica e, soprattutto, portava a compimento il lungo e travagliato percorso della giuspubblicistica italiana attraverso la ridefinizione dei rapporti tra Stato e società, tra diritto e politica, tra costi-

dottrina nazionalsocialista del diritto e dello Stato, Milano, Giuffrè, 1938; F. OLGIATI, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, cit., spec. pp. 215-261, 422-429; per la storiografia più recente, M. LA TORRE, *La “Lotta contro il diritto soggettivo”. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Milano, Giuffrè, 1988; P. BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », LVIII, 2004, pp. 623-647; E. DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXXVI, 2007, t. II, pp. 1031-1082; sui rapporti tra cultura giuridica italiana e tedesca alla fine degli anni Trenta si veda SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino: economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005, spec. pp. 311-341, 403-438; infine, per un'analisi dell'influenza della politica sull'esercizio e sull'organizzazione della funzione giurisdizionale durante il ventennio, si veda O. ABBAMONTE, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il fascismo*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁽¹³¹⁾ « I principi della Politica Amministrativa integrano il diritto positivo della Pubblica Amministrazione, quando questa ha di fronte al diritto una facoltà di agire discrezionale » (DONATI, *Principi generali di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, Padova, La Litotipo, 1926, pp. 12-13). L'affermazione può destare un certo stupore, essendo stato il Donati « in Italia il più energico ed assolutistico rappresentante della trattazione strettamente dogmatica del diritto pubblico » (A. GIANNINI, *Donato Donati*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XXIV, 1947, p. 244). Si trattava, in realtà, di un'apertura isolata, se è vero che il giurista modenese, introducendo nel 1931 l'inedita nozione di “costituzione in senso materiale”, ne dava una lettura, riduttiva e formalistica nel senso di *Staatsverfassung*, ovvero come « il complesso delle norme giuridiche fondamentali [...] che formano l'ordinamento giuridico dello Stato (costituzione = norma o complesso di norme fondamentali) » (DONATI, voce *Costituzione*, in *Enciclopedia Italiana*, vol. XI, Roma, Treccani, 1931, p. 565).

tuzione e amministrazione, dopo la lunga e perdurante stagione dello statualismo giuridico ⁽¹³²⁾.

Dal punto di vista dogmatico, gli effetti della proposta mortatiana sulla sistematica del diritto amministrativo erano profondi: essa annullava, di fatto, ogni distinzione concettuale tra merito e legittimità, tra discrezionalità e interpretazione, riconducendo l'esercizio del potere nell'ambito dell'eteronomia, della controllabilità, della sindacabilità giurisdizionale ma, nel contempo, trasformava il sindacato giudiziale in un controllo di conformità dell'azione amministrativa e della stessa discrezionalità al diritto politicizzato, ai principi affermati dalle forze politiche dominanti. La consequenziale e totalizzante logica monistica della costituzione materiale riduceva tutte le funzioni statuali all'interpretazione e all'attuazione della tavola di valori posta dall'unica e unitaria « forza di direzione politica » ⁽¹³³⁾.

Giannini si espresse subito negativamente sulla proposta mortatiana.

« Essa è viziosa », denunciava il giurista romano già nella monografia su *L'interpretazione*, poiché « in questo modo ogni differenza tra esame in merito e in legittimità è abolito: è la logica conseguenza, se ogni violazione di norma tecnica equivale a violazione di legge, e si sostiene che tutta l'attività libera della P.A. è dominata da tali norme » ⁽¹³⁴⁾. Tornava poi alla carica ne *Il potere discrezio-*

⁽¹³²⁾ Per una ricostruzione critica di questo itinerario si vedano i contributi di FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 45-185; ID., *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Bari, Laterza, 1990, pp. 3-87; ID., *Qualche osservazione su « amministrazione e costituzione » nella storia della tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, a cura di G. Marongiu e G.C. De Martin, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 75-87; S. STAMMATI, *La riflessione sulla costituzione in senso materiale: l'opera di Costantino Mortati nel periodo dello Stato autoritario*, in « Giurisprudenza costituzionale », XXXV, 1990, pp. 2947-2994.

⁽¹³³⁾ ZAGREBELSKY, *Premessa a MORTATI, La costituzione in senso materiale*, cit., p. XXII.

⁽¹³⁴⁾ GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., pp. 230-231.

nale, ribadendo che le regole che disciplinano la sfera discrezionale sono « regole non giuridiche, le quali quindi non possono aver rilievo diretto che in un giudizio di merito. Ove questo non ci sia, la loro osservanza rimane incontrollabile »⁽¹³⁵⁾.

La polemica che ne nacque si trascinò per alcuni anni, assumendo toni talvolta anche aspri⁽¹³⁶⁾. Essa rifletteva, al di là delle divergenze di metodo, due modi completamente diversi non solo di concepire l'alternativa costituzionale allo "Stato di legislazione", ma anche di proiettare lo Stato giuridico moderno al di là della contingenza storica rappresentata dal fascismo⁽¹³⁷⁾.

La proposta di Mortati era, com'è noto, orientata ad indivi-

⁽¹³⁵⁾ Id., *Il potere discrezionale*, cit., p. 83.

⁽¹³⁶⁾ Lo scontro proseguì sulle pagine della rivista « Stato e diritto », dove Mortati accusò Giannini di aver elaborato un concetto di merito « arbitrario, ed in ogni caso non utile alla comprensione del diritto positivo » (MORTATI, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in « Stato e diritto », II, 1941, p. 135). Giannini, utilizzando la medesima rivista, ribadì la sua opinione, accusando Mortati di aver proposto una teoria seguendo la quale « arriveremo a degli assurdi, come p.e. di considerare giuridiche non solo le norme morali [...], ma ogni regola dell'agire umano di un uomo equilibrato » (GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in « Stato e diritto », II, 1941, p. 440). Mortati controreplicò, ribadendo che le regole non giuridiche che presiedono all'esercizio della discrezionalità « si trasforma[no] in imperativo giuridico nel momento stesso in cui l'inosservanza di ess[e] venga a ripercuotersi con propri effetti nel mondo del diritto » e, precisamente, a seguito dell'accertamento processuale (MORTATI, *Ancora sul merito amministrativo*, in « Stato e diritto », III, 1942, p. 49). La polemica a questo punto si spense. Nel 1950 però, Giannini, riproponendo nelle *Lezioni* la sua teoria della discrezionalità, non esitò a definire « non priva di comico » l'opinione di chi (leggi Mortati) ha ritenuto « che nella discrezionalità vi sia un rinvio a norme o regole non giuridiche, la cui osservanza verrebbe imposta all'agente dalla norma » (GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., pp. 94-95 e 98). Per una ricostruzione critica dell'intera vicenda si veda AZZARITI, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati e la polemica con Massimo Severo Giannini*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lanchester, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989, pp. 408-421.

⁽¹³⁷⁾ Di ciò sembrava essere consapevole Mortati, quando, nel suo saggio del '36 sul potere discrezionale, osservava che « interessante può riuscire l'esame di una questione cui accenna lo Schmitt, se cioè uno Stato di diritto possa attuarsi anche all'infuori dello Stato di legislazione, con forme di Stato in cui domini la decisione su casi concreti, o da parte del giudice (Stato di giurisdizione) o da parte di una suprema volontà personale (Stato di governo) o per mezzo del tecnicismo della conformità al fine pratico (Stato di amministrazione). Alla questione, che naturalmente è subordinata al

duare l'essenza dello Stato moderno nel sistema di valori espressi dalle forze politiche dominanti in un dato momento storico e tale da unificare tutti i poteri pubblici attorno ad un programma in grado di trascendere il piano politico (e partitico) per assurgere a funzione giuridica fondamentale dello Stato: la funzione di indirizzo politico. Tale funzione, agendo « come principio motore di tutto il complesso dell'attività statale »⁽¹³⁸⁾, si pone come scopo essenziale la realizzazione dello Stato come « unità teleologica », in un sistema in cui « massima è [...] l'efficienza dell'azione di governo sull'amministrazione poiché questa è la funzione specifica di attuazione diretta dei fini dello Stato »⁽¹³⁹⁾. Pertanto, al dominio della legge, Mortati sostituiva il primato della funzione di governo, riaffermando, per qualsiasi ordinamento storicamente verificabile, la natura meramente esecutiva dell'attività amministrativa come riflesso della subordinazione costituzionale dell'amministrazione all'organo titolare della funzione di indirizzo politico⁽¹⁴⁰⁾.

I temi della costituzione materiale e della funzione di governo sono, invece, del tutto estranei al pensiero giovanile di Giannini, il quale parte piuttosto da un'analisi 'realistica' del « sistema di orga-

modo di intendere il concetto di Stato di diritto, può risponderci affermativamente, se si pensi che anche nello Stato in cui domini la decisione concreta sulla normatività vi sono sempre non solo le norme generali ed astratte attributive e regolative della competenza, ma vi è anche la determinazione della finalità cui l'esercizio concreto del potere deve essere rivolto » (MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, cit., pp. 1002 nt. 5).

⁽¹³⁸⁾ Id., *L'ordinamento del governo*, cit., p. 14. Come rileva Fioravanti, « Mortati immaginava un grande reticolo di poteri discrezionali, pubblici e privati, orientati in una direzione comune dalla Costituzione in senso materiale, ovvero dai contenuti e dai programmi espressi dalle forze dominanti » (FIORAVANTI, *Qualche osservazione su « amministrazione e costituzione »*, cit., p. 81).

⁽¹³⁹⁾ MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., pp. 9 e 12.

⁽¹⁴⁰⁾ « È evidente », scriveva Mortati nel 1931, « che la supremazia non è più della funzione legislativa in quanto tale, ma dei poteri che vengono ad essere collegati con l'organo — o con uno degli organi — cui è affidata la formazione della legge, poteri che non riguardano tanto la sorveglianza sulla esecuzione della legge, quanto l'indirizzo politico generale e che pertanto appartengano all'attività di governo. Con che viene confermato che la supremazia compete in realtà a questa » (ivi, p. 18).

nizzazione statale odierno », per costruire l'edificio dogmatico dello « Stato amministrativo dirigista »⁽¹⁴¹⁾.

Infatti, la caratteristica fondamentale dello Stato moderno è individuata da Giannini nella pubblicizzazione degli interessi economici e sociali, secondo un processo che, iniziato in Italia alla fine del XIX secolo, aveva raggiunto la sua massima espansione con le riforme di struttura varate dal fascismo negli anni Venti e Trenta. La natura essenzialmente « dirigista » e « multifinale » dello Stato moderno presuppone, a livello costituzionale, il riconoscimento del primato dell'amministrazione tra i poteri statali, primato che riflette la prevalenza delle finalità di regolazione, direzione e gestione dei rapporti economici e sociali, sulle finalità di tutela delle libertà civili. Lo Stato moderno ipotizzato da Giannini è, pertanto, dal punto di vista delle finalità, uno « Stato regolatore dei fenomeni

⁽¹⁴¹⁾ In questo senso la riflessione gianniniana appare ancora tutta interna alla tradizionale dottrina dello Stato-persona. Infatti, nelle *Lezioni* del 1950, la nozione di « costituzione materiale » verrà imbrigliata in uno schema teso a sterilizzarne la polarità volontaristica, riducendosi « al corpo di principi — di solito non scritti — che danno alla costituzione un contenuto in ordine a ideologie generali » (GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 56). Successivamente, in coerenza con un modello di teoria generale del diritto che l'autore veniva elaborando sin dalle opere giovanili (su cui cfr. *infra*, nt. 148), la costituzione, abbandonato ogni accenno alla sua « materialità », si identificherà con « il corpo di quelle norme fondamentali che disciplina un ordinamento giuridico, ossia disciplina i rapporti con i quali tra loro si pongono i tre elementi che devono esserci in ogni ordinamento giuridico: la pluralità di soggetti, l'organizzazione e la normazione » (ID., *Carattere delle costituzioni moderne* (1978), ora in ID., *Scritti*, vol. VII, Milano, Giuffrè, 2005, p. 119). Tutto questo, naturalmente, presupponeva un'interpretazione storico-giuridica delle vicende che avevano interessato l'ordinamento italiano a partire dalla fine degli anni Venti, in totale contrapposizione con la lettura di Mortati: infatti, secondo Giannini « anche lo Stato a costituzione fascista non si sottrae alla tendenza generale dei pubblici poteri di questo secolo, di differenziare l'amministrazione dal governo, l'attività amministrativa dall'attività di indirizzo politico [...]. Guidare i cento enti di previdenza, ordinare e coordinare le varie decine di enti industriali, può anche non dar luogo a problemi politici, ma solo a problemi di alta amministrazione, e quindi tecnici. È questa una risultanza quasi certamente ultronea, comunque importante, perché dimostra anche essa l'unità del sistema di diritto pubblico e la tendenza della vita pubblica a divenire fatto amministrativo anziché politico, che è propria di questo giro di tempo che si è iniziato » (ID., *Parlamento e amministrazione* (1961), ora in ID., *Scritti*, vol. IV, cit., p. 844).

sociali ed economici »⁽¹⁴²⁾, dal punto di vista costituzionale, uno “Stato di amministrazione”.

La teoria della discrezionalità proposta nel 1939 costituisce la pietra angolare di questa nuova dottrina dello Stato amministrativo dirigista, in quanto fornisce all’amministrazione l’ambito di autonomia necessario a sostenere, politicamente e giuridicamente, la multifinalità dell’ente Stato. In tal senso, il nucleo fondamentale di questa dottrina è rappresentato dal riconoscimento di una vera e propria riserva di amministrazione, avente ad oggetto la ponderazione degli interessi coinvolti nell’esercizio del potere, attività che si struttura, a livello dogmatico, come una sfera di disposizione svincolata da qualsiasi prescrizione normativa e — al di fuori delle eccezionali ipotesi di giurisdizione di merito — insindacabile da parte del giudice.

Evidenti sono, in questa teorica, i punti di contatto col pensiero istituzionista: in proposito, è stato evidenziato come una ricostruzione del potere discrezionale come sfera di disposizione libera dal diritto sia possibile « solo se si accetta la concezione del S. Romano delle lacune dell’ordinamento in termini di una relazione di indifferenza », difatti, « ammettere una dinamica giuridica effettiva del potere comporta l’accettazione di un *vacuum* ove tale dinamica possa realizzare un *quid novi* »⁽¹⁴³⁾. Giannini non accoglie, tuttavia, quello che rappresenta il postulato fondamentale della dottrina romaniana dello Stato amministrativo, la ricostruzione, cioè, dell’amministrazione come ordinamento originario⁽¹⁴⁴⁾. Tale qualifica

⁽¹⁴²⁾ Id., *Profili storici*, cit., pp. 166-167.

⁽¹⁴³⁾ G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1992, pp. 73, 75, corsivi dell’autore. Infatti, Romano giudicava « erronea » l’opinione per cui l’ordinamento, « per essere completo, debba contemplare, per provvedervi, tutti i rapporti della vita sociale » (ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell’ordinamento statale*, Modena 1925, p. 2). Le lacune potranno essere rilevate in una prospettiva *de iure condendo*, senza che ciò autorizzi « a dire che ci sia una lacuna “de iure condito” » (ivi, p. 9), esistendo delle « materie giuridicamente irrilevanti » in cui l’attività « rientrerà nel campo delle libertà, non giuridiche, ma soltanto di fatto » (ivi, p. 5). Ed era proprio all’interno di questo « spazio teorico » delle “libertà di fatto” che poteva trovare collocazione e svolgimento la dinamica degli interessi pubblici e del loro eventuale conflitto (in tal senso DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., p. 73 nt. 184).

⁽¹⁴⁴⁾ Secondo Giannini « dire che l’amministrazione è un organismo, è cosa di

spetta, infatti, secondo Giannini, esclusivamente allo Stato-persona, di cui l'amministrazione costituisce un particolare apparato organizzatorio, « disciplinato da norme proprie, di natura giuspubblicistica »⁽¹⁴⁵⁾.

Così concepita, l'amministrazione rappresenta soltanto un particolare "potere dello Stato", seppur dotato di un notevole grado di autonomia, il cui primato costituzionale riflette la riorganizzazione dello Stato-persona in senso 'dirigistico' una volta affermatasi, sul piano politico-istituzionale, la prevalenza delle finalità di regolazione socio-economica su tutti gli altri fini statali⁽¹⁴⁶⁾. Pertanto, il potere discrezionale viene raffigurato da Giannini non come una potestà originaria dell'ordinamento amministrativo, bensì come una « libertà limitata positivamente », ovvero come una posizione giuridica soggettiva originariamente statale⁽¹⁴⁷⁾. Il fondamento esterno (*ex lege*) del potere amministrativo, si associa però ad una ricostruzione 'dinamica' dell'agire discrezionale del tutto innovativa rispetto all'impostazione normativistica classica, che vedeva nella dialettica politica dei fini e degli interessi un 'fatto' necessariamente

troppi significati; aggiungere che è un organismo persona, è un indovinello » (GIANNINI, *Profili storici*, cit., p. 110 nt. 30). Nella prolusione sassarese, la critica dell'autore era rivolta, in verità, non direttamente alla concezione di Romano, bensì a quella di Hauriou, nella cui opera « il concetto di régime administratif si è andato sempre più avvicinando a quello di istituzione, per cui si tende a definire lo Stato a régime administratif come lo Stato in cui l'amministrazione è un'istituzione » (*ibidem*). Nelle *Lezioni* del 1950 Giannini preciserà definitivamente che « la nozione di apparato amministrativo pertiene [...] al campo delle discipline tecniche, e più precisamente alla scienza dell'organizzazione. Rispetto al mondo del diritto, è una di quelle nozioni giuridicamente indefinibili, che può acquistare rilievo giuridico svariato, per l'uno o per l'altro degli elementi che la compongono e, talora, perfino essere assunta nella sua integralità come nozione di fondo, senza per questo acquistare più definita fisionomia giuridica » (ID., *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 6).

⁽¹⁴⁵⁾ ID., *Profili storici*, cit., p. 108.

⁽¹⁴⁶⁾ Pertanto, per l'autore rimaneva teoricamente valida l'affermazione di Zano-
bini per cui « la pubblica amministrazione non è un soggetto diverso dallo Stato, ma è lo Stato stesso in azione per il proseguimento dei suoi fini » (ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., p. 205).

⁽¹⁴⁷⁾ « La qualifica di attuazione di legge non infirma l'esistenza di un potere discrezionale, né ne sminuisce la portata, anzi, per il potere discrezionale amministrativo essa forma un fondamento necessario » (GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 14).

estraneo al contenuto dispositivo del potere, in quanto risolto *a priori* dallo Stato-legislatore con l'emanazione della norma. La funzione si articola, difatti, in due momenti essenziali: la ponderazione degli interessi, che rappresenta il momento politico dell'agire discrezionale, e l'emanazione del provvedimento, attraverso il quale l'amministrazione formalizza la scelta politica, traducendola in un regolamento di interessi avente efficacia giuridica esterna.

Alla luce di queste considerazioni è, allora, possibile sostenere che la teoria di Giannini costituisca una sintesi tra la concezione di Zanobini e la dottrina romaniana dello Stato amministrativo. Giannini parte, infatti, dal modello normativistico zanobiniano per innestarvi un nucleo dogmatico di evidente matrice istituzionistica ⁽¹⁴⁸⁾. Ne risulta un sistema in cui, avendo la legge perso qualsiasi capacità prescrittiva in ordine alla determinazione dell'interesse pubblico, il principio di legalità si riduce ai suoi predicati formali di garanzia: il principio di nominatività degli atti amministrativi e il principio di azionabilità delle pretese del cittadino nei confronti dell'amministrazione. Tutto ciò è sinteticamente espresso nell'affermazione per cui l'attività amministrativa è « sostanzialmente [...] la cura di interessi pubblici assunti come fini dallo Stato, modalmente è un'attuazione di legge » ⁽¹⁴⁹⁾.

Teoria eclettica, quindi, quella del giovane Giannini, che, non a caso, dovette risultare « alquanto oscura » al suo vecchio maestro Zanobini ⁽¹⁵⁰⁾. Infatti, nonostante le numerose affinità lessicali, (en-

⁽¹⁴⁸⁾ Giannini avrebbe in seguito sviluppato questa intuizione in un compiuto sistema di teoria generale del diritto, che vedeva nel concorso della normazione, dell'organizzazione e della plurisoggettività gli elementi costitutivi dell'ordinamento e, quindi, del fenomeno giuridico *tout court* (si veda in proposito Id., *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in « Moneta e credito », V, 1949, pp. 105-119, spec. p. 111; e, più compiutamente, Id., *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », VIII, 1958, pp. 219-240).

⁽¹⁴⁹⁾ Id., *Il potere discrezionale*, cit., p. 22.

⁽¹⁵⁰⁾ È quanto può leggersi nella *Relazione della commissione giudicatrice del concorso a professore straordinario alla cattedra di diritto amministrativo nella R. Università di Cagliari*, in « Bollettino Ufficiale del Ministero dell'Educazione Nazionale », pt. II (atti di amministrazione), vol. I, 1940, pp. 381-385. Più estesamente, secondo Zanobini — che di quella commissione fu presidente — lo studio sul potere discrezionale del candidato Giannini « arrega nei punti particolari alcuni pregevoli contributi, seb-

trambi gli autori considerano la discrezionalità una “libertà limitata positivamente” e l’attività amministrativa una “attuazione di legge”), le diversità concettuali risultano nettissime: se per Zanobini la determinazione dell’interesse pubblico « è funzione non dell’amministrazione, ma della legge »⁽¹⁵¹⁾, per il giurista romano i limiti giuridici del potere discrezionale si riducono agli effetti del principio di nominatività degli atti amministrativi, per cui « la pubblica amministrazione non procede se non mediante atti previsti dalla legge »⁽¹⁵²⁾: in questo senso, allora, l’attuazione della legge diventa solo “modale”, in quanto « il principio di legalità [...] più che una regola del contenuto dell’attività amministrativa è una regola del limite di essa, che si inserisce nella dialettica dell’autorità e della libertà »⁽¹⁵³⁾.

Ideologicamente vicina alla dottrina romaniana nel rivendicare l’autonomia dell’amministrazione, la teoria di Giannini ne rielabora, però, la nozione di supremazia speciale, che cessa di essere riferita all’istituzione per divenire, piuttosto, un predicato della funzione. L’attività amministrativa assolve, difatti, alla finalità tipica ed essenziale dello Stato dirigista: la cura degli interessi pubblici assunti come fini dallo Stato con la contestuale giuridificazione dei rapporti socio-economici che a tali interessi sono sottesi.

La dicotomia tra politica e diritto, tra Stato e società che stava alla base dello statualismo giuridico liberale e che prefigurava — anche nella sintesi di Romano — uno Stato sottratto alle pretese volontaristiche della società e, contemporaneamente, una società sottratta alle pretese dirigistiche dello Stato, trova così un superamento nella dottrina di Giannini, in cui il polo politico, rappresentato dalla dialettica degli interessi economici e sociali, viene completamente assorbito all’interno del polo giuridico statale.

bene risulti di lettura non facile per la forma spesso alquanto oscura e dimostri una certa tendenza ad eccessive sottilizzazioni » (ivi, p. 384). Com’è noto, il concorso si svolse nell’ottobre del 1939 e si concluse con la formazione di una terna composta, nell’ordine, da Antonio Amorth (voti 5), Massimo Severo Giannini (voti 5), Vincenzo Maria Romanelli (voti 3).

⁽¹⁵¹⁾ ZANOBINI, *L’attività amministrativa e la legge*, cit., p. 212.

⁽¹⁵²⁾ GIANNINI, *L’interpretazione dell’atto amministrativo*, cit., p. 273.

⁽¹⁵³⁾ ID., *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 83.

Assoluta è la contrapposizione ideologica rispetto alla ricostruzione di Mortati: per Giannini, infatti, non è la società a determinare politicamente l'assetto fondamentale dello Stato, bensì è lo Stato, completamente sottratto alle pretese volontaristiche della società, che ne regola autoritativamente la struttura socio-economica attraverso l'apparato amministrativo. In questo disegno l'amministrazione, lungi dal costituire lo strumento di un indirizzo politico collocato altrove dallo Stato-persona, rappresenta il principale sostegno della sovranità originaria dello Stato, in un sistema dove qualsiasi interesse risulta pubblicizzato, formalizzato, in definitiva 'statizzato', e in cui ogni decisione diviene un fatto politico interno all'organizzazione statale, rigorosamente preclusa al consenso e alla partecipazione degli amministrati, di fronte ai quali la funzione amministrativa si manifesta soltanto in forma di provvedimento, « atto di volontà originaria, in cui questa trae esclusivamente da se stessa la fonte della propria determinazione » (154).

5. *La fortuna della nozione gianniniana.*

« È inutile. Io ho cercato di leggere con pazienza, dicendomi a ogni pagina, se non a ogni riga, che questo giovane dei meriti ne ha da avere, se è entrato, come si dice, trionfalmente in carriera [...]. Dello sforzo che io faccio per capire libri simili ai suoi e della sua vanità e del dubbio che allora m'assale spero che voglia riconoscere la sincerità. I casi sono due, pertanto, egualmente probabili: o la mia mente è ormai chiusa al pensiero distillato, attraverso la conoscenza di centinaia e centinaia di libri, da lui e da altri giovani del suo stampo; o egli non l'ha ancora aperta alla luce della verità » (155).

Così Francesco Carnelutti liquidava, dalle pagine della « Rivista di diritto processuale civile », la monografia di Giannini su *Il potere*

(154) ID., *Il potere discrezionale*, cit., p. 166.

(155) CARNELUTTI, recensione a M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939, in « Rivista di diritto processuale civile », XVII, 1940, pt. I, p. 264. È questa, per quanto ci consta, l'unica recensione della monografia di Giannini presente nei periodici italiani dell'epoca.

discrezionale, imputando al giovane autore di aver preteso di « rizzare dei grattacieli », non avendo nemmeno l'« esperienza sufficiente per costruire una capanna »⁽¹⁵⁶⁾. La severa sentenza seguiva di poco l'altra, ancor più dura, pronunciata su *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, bollata dall'illustre (e temuto) recensore come « esemplare di libro costruito sui libri, immane e sterile fatica »⁽¹⁵⁷⁾. Accusato di aver rincorso solo ambizioni di carriera, con tutta probabilità Giannini scontava in questo giudizio una sorta di lesa maestà nei confronti del celebrato maestro⁽¹⁵⁸⁾; eppure, l'incapacità di Carnelutti di cogliere gli elementi di novità presenti nello studio del '39, era il segno evidente della disattenzione con cui la dottrina italiana aveva, in genere, accolto l'opera gianniniana.

La lettura datane da Mortati, ad esempio, costringeva lo stesso autore a stigmatizzare « il singolarissimo modo » con cui il giurista calabrese aveva interpretato la sua ricostruzione del « merito amministrativo », precisando di non essersi « mai sognato di dire che il merito concerne un aspetto sociale dell'attività amministrativa, né tantomeno [...] equiparato la discrezionalità alla legittimità »⁽¹⁵⁹⁾.

⁽¹⁵⁶⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁵⁷⁾ *Id.*, recensione a M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939, in « Rivista di diritto processuale civile », XVII, 1940, pt. I, p. 59, corsivi dell'autore.

⁽¹⁵⁸⁾ Infatti, Carnelutti rimproverava al giovane autore di essere stato spinto nelle sue ricerche più che « dal divino amplesso con la realtà, dagli umani stimoli della carriera » (ivi, p. 60). Molto più prosaicamente, invece, la principale colpa di Giannini era stata quella di aver apertamente criticato il 'verbo' del maestro, affermando, ad esempio, che « l'elegante sistemazione del Carnelutti, *Sistema*, I, p. 112 [...] così esposta è inadeguata, ma potrebbe essere approfondita » (GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 89 nt. 17). Di qui l'ira del Carnelutti, che andava, però, a colpire aspetti marginali dell'opera gianniniana, come, ad esempio, « la *differentia specifica* tra discrezionalità pubblica e privata » dove mancherebbe, a detta del recensore, « il senso dei rapporti tra l'analisi e la sintesi », ovvero « la *contaminatio*, che ne salta fuori, tra scopo e causa (efficiente, per giunta) [che] è tale da dover mettere i brividi a quel "professore della sua adolescenza" che cercò di insegnargli a ragionare » (CARNELUTTI, recensione a M.S. Giannini, *Il potere discrezionale*, cit., p. 265, corsivi dell'autore).

⁽¹⁵⁹⁾ « Quest'ultima anzi non comprendo proprio donde sia scappata fuori, poiché in tutto il mio lavoro mostravo precisamente il contrario » (GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, cit., p. 442). Infatti, Mortati aveva affermato che « il Giannini [...] sembra ammettere che, se si prescinda dal punto di vi-

Anche il Vitta, pur condividendo l'analisi gianniniana, ne travisava il contenuto più caratterizzante quando affermava che la discrezionalità implica « prima un giudizio, indi una scelta fra i vari mezzi idonei a soddisfare le pubbliche esigenze »⁽¹⁶⁰⁾, mentre l'Amorth, nel suo articolo-recensione del 1940 su *La teoria dell'atto amministrativo nei più recenti contributi della dottrina italiana*, tralasciava del tutto la monografia sul potere discrezionale⁽¹⁶¹⁾. Infine, non pochi furono quegli autori che, forse per l'accennata affinità lessicale, ovvero per l'« oscurità » dei concetti già denunciata dalla commissione di concorso del 1939, finirono per assimilare la teorica di Giannini all'ormai classica concezione zanobiniana⁽¹⁶²⁾.

Ma allargando lo sguardo al dibattito dottrinale dell'immediato dopoguerra, è possibile affermare che, tra i maestri della seconda generazione, la dialettica sulla discrezionalità e sul ruolo costituzionale dell'amministrazione si svolse secondo un copione già scritto durante il Ventennio e riassunto nell'ormai classico contrappunto tra Guido Zanobini e Ugo Forti: il primo, fermo nel ribadire la necessità di limitare il « potere discrezionale » alla sola « scelta dei

sta da lui enunciato e si consideri il merito come apprezzamento comparativo degli interessi, esplicitandosi ex actis, non vi è modo di distinguerlo dalla discrezionalità (da lui poi identificata con la legittimità) » (MORTATI, *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, cit., p. 135).

⁽¹⁶⁰⁾ VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, Utet, 1948, p. 81 nt. 2. Vale per questo autore come per altri (segnatamente per il Gasparri, su cui cfr. *infra*, p. 424-425) il giudizio di Cassese, per cui « lo sviluppo del pluralismo nell'amministrazione e il riconoscimento della politicità [...] dell'amministrazione, si faranno strada lentamente tra gli amministrativisti, più pronti, però, a ripetere la formula della ponderazione degli interessi che a comprenderne la portata innovatrice e a trarne gli sviluppi necessari » (CASSESE, *Le prime opere di Massimo Severo Giannini*, cit., p. XIII).

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. AMORTH, *La teoria dell'atto amministrativo nei più recenti contributi della dottrina italiana*, in « Jus », I, 1940, pp. 179-190.

⁽¹⁶²⁾ Si vedano, in tal senso, le considerazioni di G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità*, cit., p. 102 nt. 15; F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 47 nt. 86; V. SIMI, *Il potere discrezionale come carattere essenziale della Pubblica Amministrazione*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », X, 1960, p. 88 nt. 17; L. GALATERIA, *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 164 nt. 27; P. GASPARRI, *Considerazioni sulla discrezionalità amministrativa*, in « Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari », XXX, 1946, p. 52.

mezzi, perché i fini sono determinati in modo obbligatorio dalla legge »⁽¹⁶³⁾, il secondo, pronto nel replicare che « l'amministrazione si vale della legge come mezzo per raggiungere i propri fini, laddove l'ordinamento giuridico rappresenta il fine per l'attività giurisdizionale »⁽¹⁶⁴⁾.

Invece, più vivace è la discussione che prende forma tra i giuristi della nuova generazione formatasi nel corso degli anni Trenta, dove il tema del potere discrezionale, già a partire dalla fine della decade, diviene oggetto di numerosi interventi, soprattutto di tipo monografico, rivelandosi uno dei temi prediletti della riflessione dottrinale. Ma anche in questo caso, pur tra notevoli differenze, largamente prevalente è la tendenza a ricondurre la discrezionalità nell'ambito dell'eteronomia, seguendo il modello zanobiniano o, più frequentemente, rielaborando la teoria di Mortati.

Nel 1939 era il Romanelli ad affermare che « l'amministrazione non è libera di agire arbitrariamente, ma per l'obbligo giuridico generale che essa ha di agire esclusivamente per l'interesse pubblico, deve ricorrere a quelle norme-mezzo, desumibili dalla tecnica am-

⁽¹⁶³⁾ ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 19475, p. 25. Tra i giuristi della seconda generazione allineati sulle posizioni del maestro pisano vi erano FAGIOLARI, *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, Padova, Cedam, 1940, spec. p. 297; LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, Cedam, 1953, spec. p. 361; BODDA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1954, spec. p. 37.

⁽¹⁶⁴⁾ FORTI, *Teoria dell'organizzazione e delle persone giuridiche pubbliche*, Napoli, Jovene, 1948, p. 15. L'opinione del Forti era condivisa da A. LENTINI, *La giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1948, p. 3 nt. 8; RAGGI, *Atti amministrativi, giustizia amministrativa*, Genova, Lupa, 1950, p. 57; R. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, Giuffrè, 1941, p. 49. Una particolare menzione merita, nell'ambito delle tesi 'autonomistiche', la ricostruzione del Betti che, pur senza mai citare il contributo di Giannini, ne riecheggia le categorie concettuali e ideologiche, forse per la comune derivazione dalle più risalenti teorie del giovane Romano, del Laun e del Bernatzik. Si legge, infatti, nella monografia del 1949 su *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici* che « la discrezionalità importa, da parte dell'autorità, una valutazione non vincolata, ma autonoma, degli interessi concorrenti nel caso in questione e una conseguente libertà di scelta, secondo un criterio di opportunità, fra più soluzioni possibili, rispondenti del pari all'esigenza dell'interesse pubblico » (BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 64).

ministrativa », che « vengono a porsi come altrettanti presupposti legali, sui quali si fonda l'atto discrezionale » (165).

Più articolata risultava la posizione del Resta, che qualificava le regole extragiuridiche richiamate dalla norma attributiva del potere alla stregua di « direttive finali [...] poste all'azione amministrativa per il raggiungimento dei fini specifici assegnati dalla legge alla Pubblica Amministrazione » (166). Tali direttive, attraverso un rinvio *formale* predisposto dalla legge, s'inserivano nella fattispecie come fatti giuridicamente rilevanti, creando in capo all'autorità procedente un « onere di buona amministrazione », una situazione giuridica che, pur non configurando gli estremi dell'obbligo, era comunque tale da esporre il provvedimento al sindacato di legittimità in caso di inosservanza (167).

Era, invece, nel « principio di opportunità » che l'Amorth individuava la « regola che impone di agire sempre e necessariamente per l'utile raggiungimento di certi fini » (168), regola da cui far derivare anche la nozione di « merito amministrativo », inteso appunto come « proiezione nell'atto dell'obbligo dell'autorità amministrative di attenersi [...] al principio di opportunità » (169). Ma, essendo il principio di opportunità un principio « essenzialmente amministra-

(165) ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, cit., pp. 187, 188. Una tesi analoga era stata sostenuta, solo l'anno precedente, dal ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, cit., p. 459.

(166) RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, Cedam, 1939, p. 128.

(167) Tuttavia, vi sarebbero dei casi in cui le regole di buona amministrazione formano oggetto non di un mero rinvio formale, bensì di un rinvio *recettizio*: ciò avverrebbe « ogni qual volta al singolo è riconosciuto il diritto di provocare sugli atti amministrativi il sindacato di merito », poiché in tali casi « la norma giuridica riconosce efficacia piena alle direttive di buona amministrazione », che « spiegano nel campo dei rapporti giuridici la stessa efficacia che hanno nei rapporti interni » (ivi, p. 134). Lapidario su questa ricostruzione il giudizio di Giannini: « non esiste nessuna figura che nei nostri ordinamenti corrisponda allo standard, [...] tali direttive di buona amministrazione non sempre esistono, [...] discutibilissimo è ricorrere alla nozione pseudofilosofica di regola finale » (GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 84 nt. 47).

(168) AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 27.

(169) Ivi, p. 18.

tivo », alla sua inosservanza doveva seguire, secondo l'autore, un'invalidità meramente « amministrativa » e non giuridica ⁽¹⁷⁰⁾.

Infine, la medesima problematica era al centro dello studio del Codacci Pisanelli su *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, in cui l'efficacia delle regole extralegali veniva chiaramente ricondotta nell'ambito del rinvio formale: « non fenomeno di ricezione, quindi, ma rilevanza giuridica di norme non giuridiche, le quali non mutano natura sol perché il diritto ne impone l'osservanza » ⁽¹⁷¹⁾; nondimeno, affermava il Codacci, « l'invalidità può derivare talvolta dalla violazione di norme non giuridiche », il che avverrebbe, segnatamente, nel caso dell'annullamento per vizi di merito ⁽¹⁷²⁾.

In sostanza, l'indagine e il dibattito sulla rilevanza delle norme non giuridiche evidenziavano il tentativo di correggere l'intima aporia insita nel paradigma mortatiano incapace — come aveva rilevato a suo tempo Giannini — di giustificare la presenza nell'ordina-

⁽¹⁷⁰⁾ Ivi, p. 140. Tutto questo perché « la rispondenza dell'atto, quanto al suo contenuto, alla buona amministrazione non è requisito posto dal diritto per la perfezione e per l'efficacia giuridica dell'atto stesso », avvenendo « semplicemente che l'ordinamento giuridico, in ossequio all'importanza del principio di opportunità per l'azione amministrativa, dà all'autorità amministrativa i mezzi, o addirittura stabilisce talvolta certe condizioni, perché esso sia reso efficiente » (ivi, p. 93). In proposito, giova ricordare che la monografia in questione valse all'Amorth il primo posto tra i ternati del concorso cagliaritano del 1939, sebbene la commissione stessa non potesse esimersi dal rilevare come il candidato « si [fosse] compiaciuto di procedere a distinzioni formali di valore alquanto dubbio » (*Relazione della commissione giudicatrice del concorso a professore straordinario alla cattedra di diritto amministrativo nella R. Università di Cagliari*, cit., p. 382).

⁽¹⁷¹⁾ G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità*, cit., p. 59. L'opinione era sostenuta in pieno dissenso con Mortati, nella cui ricostruzione « il rinvio della legge a norme non giuridiche, disciplinanti l'attività amministrativa, avrebbe carattere recettizio », una soluzione di cui, secondo il Codacci, « è già stata messa in rilievo l'inesattezza », e « della cui inaccettabilità si ha una nuova prova, ove si rifletta che porta ad escludere del tutto i concetti di discrezionalità e di potere discrezionale, perché qualunque attività giuridicamente rilevante dovrebbe ritenersi vincolata, in quanto sottoposta alla disciplina di canoni posti dal diritto, o da esso fatti propri » (ivi, p. 114).

⁽¹⁷²⁾ Ivi, p. 81. In questo senso, il merito andava ad indicare non la ponderazione degli interessi, bensì « la rispondenza o meno a quelle norme non giuridiche di cui il diritto presuppone l'osservanza nell'esercizio delle pubbliche funzioni » (Id., *Analisi delle funzioni sovrane*, Milano, Giuffrè, 1946, p. 164 nt. 137).

mento di un'area di insindacabilità dell'agire amministrativo, una volta affermata l'identità strutturale tra opportunità e legittimità; incapace, altresì, di spiegare, in un sistema informato al principio di legalità e alla separazione dei poteri, la piena efficacia giuridica di regole o principi non direttamente ricollegabili ad una manifestazione di volontà dello Stato; infine, incapace di dimostrare perché, una volta ricondotta qualsiasi scelta nell'ambito dell'eteronomia, di fronte al potere amministrativo possano darsi soltanto dei semplici interessi, ancorché legittimi.

Di qui la necessità di individuare una formula che riuscisse a salvare l'efficacia vincolante delle norme non giuridiche, conciliandola con l'esistenza di una riserva di amministrazione: *probatio diabolica*, la cui dimostrazione veniva affidata al rinvio formale, una figura che permetteva di qualificare le norme extralegali come "fatti giuridicamente rilevanti" da cui far derivare, di volta in volta, un « obbligo giuridico di agire non arbitrariamente », un « onere di buona amministrazione », un'invalidità intesa « come sanzione di norme non giuridiche », ovvero semplicemente « amministrativa »; nozioni, queste, che tradivano, nella loro artificiosità, l'incapacità di ammettere che, all'interno del sistema mortatiano, non vi era alcuno spazio per l'autonomia dell'amministrazione e che la sola differenza tra merito e legittimità andava cercata non sul piano sostanziale, bensì (come avevano suggerito Cammeo e Presutti all'inizio del secolo) su quello meramente convenzionale dei limiti e dei poteri attribuiti, *de iure condito*, alle due forme di sindacato ⁽¹⁷³⁾.

Modello non modificabile, quindi, quello di Mortati, se non a costo di generare antinomie più gravi di quelle che s'intendeva cor-

(173) Era questa, in sintesi, la conclusione cui giungeva, seppure inavvertitamente, l'Amorth, quando affermava che, se « il giudice di merito è sempre un giudice di legittimità », « l'allargamento dei soli poteri di pronuncia del giudice, e quindi della loro specificazione in riforma e sostituzione oltre l'annullamento, pare rimanga [...] l'unico mezzo per differenziare l'una specie di giurisdizione amministrativa dall'altra » (AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, cit., pp. 143, 121). Comunque, fu lo stesso Mortati a denunciare la velleità di simili ricostruzioni: si vedano, in tal senso, le critiche rivolte al Codacci (MORTATI, *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, cit., p. 134), la stroncatura della tesi dell'Amorth (ivi, p. 137) e i rilievi mossi al Rovelli (ID., *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, nota a Cons. Stato, sez. IV, 4 luglio 1942, in « Giurisprudenza italiana », XCV, 1943, III, c. 9 nt. 10).

reggere; eppure, un modello ampiamente condiviso, nelle sue linee essenziali, dai giuristi della terza generazione: infatti, nel corso degli anni Quaranta e Cinquanta autori come Ottaviano, Gasparri, Benvenuti, Miele, Lessona, Tesauro, saranno tutti concordi nel ricondurre la discrezionalità amministrativa nell'ambito dei doveri funzionali, con tutte le conseguenze che da ciò derivavano in termini di posizione e ruolo costituzionale dell'amministrazione.

Fu Ottaviano il primo a riconoscere *expressis verbis* che « fra vizi di merito e di legittimità non vi è differenza sostanziale ed è solo per ragione di opportunità che il legislatore vieta nell'esame di legittimità quello diretto sul merito » (174). Largamente ispirata al pensiero di Mortati, la concezione dell'autore se ne allontanava sensibilmente, laddove sosteneva che le norme extralegali non preesistono alla titolarità del potere, bensì si formano contestualmente al suo esercizio (175).

Invece, alla più rigorosa ortodossia accedeva il Gasparri, il quale, pur cimentandosi in arditi virtuosismi teorici, finiva per concepire la discrezionalità come un « dovere giuridico basato su di una norma di richiamo ai criteri ai quali lo stesso legislatore dovrebbe ispirare la propria azione di comando, se disciplinasse direttamente il caso » (176): era questo il risultato di una sintesi formalmente eclettica, che accoglieva la concezione gianniniana della discrezionalità come ponderazione di interessi, collocandola, però, non nel campo delle sfere dispositive libere, bensì, secondo l'origi-

(174) V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in « Annuario di diritto comparato », XXII, 1948, p. 309. In seguito, anche il Resta aderirà a quest'opinione, arrivando a ridisegnare la legittimità come una nozione meramente processuale (cfr. RESTA, *La legittimità degli atti amministrativi*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », V, 1955, p. 37); per una dura critica a questa impostazione si veda E. CANNADA BARTOLI, *Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi*, in « Il Foro Italiano », LXXX, 1955, IV, cc. 201-205.

(175) « Esse sono, potrebbe dirsi, la cristallizzazione, dei risultati del potere discrezionale protratto nel tempo » (OTTAVIANO, *Studi sul merito*, cit., p. 334).

(176) GASPARRI, *Considerazioni sulla discrezionalità amministrativa*, in « Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari », XXX, 1946, p. 74. Sui manierismi del giurista elbano possono leggersi le pungenti note di GIANNINI, recensione a P. Gasparri, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, Zuffi, 1953 e voll. II e III, Padova, Cedam, 1953-1956, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », VIII, 1958, pp. 653-656.

nario paradigma mortatiano, nell'ambito delle attività intellettive rette da regole extragiuridiche ⁽¹⁷⁷⁾.

Anche il Miele sembrava ravvisare una sostanziale identità tra opportunità e legittimità, laddove tematizzava la discrezionalità come una particolare forma di attività tecnica, disciplinata da regole oggettive inerenti all'« arte di bene amministrare » e tali da trasformare « ogni attività amministrativa, e quindi anche l'attività discrezionale », in « un'attività giuridica, [che] deve trovare nel diritto uno o più punti di riferimento: norme sulla competenza, sulla forma, sulla causa dell'atto. Ciò espresso eziandio nell'uso corrente della parola merito, adoperata in modo da abbracciare, oltre il merito propriamente detto, anche la legittimità » ⁽¹⁷⁸⁾.

Con evidenti richiami alla dottrina francese della *moralité administrative*, Feliciano Benvenuti riconduceva le cosiddette figure sintomatiche ad « ipotesi di violazioni di quei principi e norme di carattere generale che sono connaturati alla stessa essenza dell'ordinamento giuridico amministrativo » ⁽¹⁷⁹⁾. All'opposto di Giannini —

⁽¹⁷⁷⁾ Osservava, infatti, il Gasparri che « la dottrina che parte da un concezione della discrezionalità diversa da quella qui accolta [...] chiama *interesse essenziale* quello attribuito alla cura funzionale dell'organo; mentre interessi *secondari* vengono detti quelli che questi non prende in considerazione in sé, ma in quanto abbiano l'effetto di far variare il valore dell'interesse principale. Possiamo far nostra questa distinzione, precisando che è interesse essenziale quello la cui presenza costituisce la *ragion d'essere positiva* dell'atto » (GASPARRI, *Considerazioni*, cit., p. 99, corsivi dell'autore). Tuttavia, il Gasparri neutralizzava qualsiasi aspetto volitivo dell'attività discrezionale, affermando che questa deve sempre uniformarsi alla « soluzione corrispondente ad una *communis opinio*, o per essere più precisi, data la difficoltà di una assoluta concordia su tutti i problemi, ad una *opinio plurium* » (ivi, p. 71, corsivi dell'autore). Nelle opere successive l'adesione dell'autore alla ricostruzione di Mortati si farà ancora più stringente, arrivando a ricollegare l'obbligatorietà della scelta discrezionale all'« opinione dominante », ovvero alla decisione « della parte più forte del corpo sociale » (Id., *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, cit., p. 66).

⁽¹⁷⁸⁾ G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Pisa, Tornar, 1945, pp. 39-41, *passim*. L'autore sottolinea infatti « il carattere in certo modo obiettivo [...] dell'attività discrezionale, risultante dal dover essere esercitata, e, se del caso, valutata secondo il criterio di un tipo medio di amministratore. In questo senso l'attività discrezionale può dirsi un'attività tecnica, perché traduce in pratica certe regole o direttive attinenti all'arte di bene amministrare » (ivi, pp. 38-39).

⁽¹⁷⁹⁾ « Tutte le varie ipotesi che sono considerate come situazioni sintomatiche

che non concepiva alcun limite alla discrezionalità all'infuori degli elementi discrezionali dell'atto — secondo Benvenuti i principi anzidetti, « anziché costituire una disciplina degli elementi del singolo atto amministrativo, costituiscono la disciplina dell'attività amministrativa che si esercita per quell'atto, e precisamente costituiscono la condizione di legittimità della funzione amministrativa »⁽¹⁸⁰⁾. Il risultato di questa ricostruzione, fortemente incentrata sulla dicotomia atto-funzione, era uno sdoppiamento del vizio di eccesso di potere, cui conseguiva una notevole compressione dell'autonomia amministrativa da parte della volontà precostituita dell'ordinamento⁽¹⁸¹⁾.

Del tutto tralasciate appaiono, invece, le considerazioni del Lessona e del Tesaurò, limitandosi il primo a recepire la tesi dell'Amorth, il secondo ad offrire un compendio del pensiero di Mortati⁽¹⁸²⁾.

Tuttavia, se la dottrina schierata a favore di Mortati può dirsi maggioritaria, tra i giuristi della terza generazione, non mancò chi preferì procedere sui saldi binari della concezione zanobiniana. Ad esempio, il Virga ne dava una lettura 'massimalista', affermando che « l'interesse pubblico costituisce il limite supremo della discrezionalità amministrativa »⁽¹⁸³⁾; analogo integralismo può rilevarsi nella sintesi del Vignocchi, che individuava nella sola « libertà di

sono riconducibili a tre ipotesi fondamentali, e precisamente: o ad ipotesi in cui si manifesta nell'azione amministrativa una violazione del principio di giustizia sostanziale [...], o ad ipotesi in cui si manifesta una violazione del principio di ragionevolezza dell'agire amministrativo [...], o, infine, ad ipotesi in cui si palesa in quell'agire una violazione dei principi della stessa organizzazione amministrativa » (BENVENUTI, *Eccesso di potere come vizio della funzione*, cit. pp. 23-25). Quanto alla natura di tali principi, « essi costituiscono vere e proprie norme giuridiche e non principi di buona amministrazione » (ivi, p. 26).

⁽¹⁸⁰⁾ Ivi, p. 29.

⁽¹⁸¹⁾ L'eccesso di potere poteva infatti presentarsi “per vizio intrinseco” nei « casi di deviazione dell'attività dalle norme che disciplinano nei suoi elementi l'atto », e per “vizio estrinseco” nel caso di « deviazione di quell'attività dalle norme sulla funzione » (ivi, p. 47).

⁽¹⁸²⁾ Si vedano S. LESSONA, *Elementi di diritto amministrativo*, Firenze, Editrice Universitaria, 1948, spec. p. 5 e A. TESAURÒ, *Istituzioni di diritto pubblico. II, Diritto amministrativo*, Torino, Utet, 1961, spec. pp. 101-102.

⁽¹⁸³⁾ P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 31.

mezzi per il raggiungimento di un certo risultato [...], il requisito caratteristico della discrezionalità »⁽¹⁸⁴⁾, nei lavori del Treves, che ribadirà negli anni Sessanta l'identità strutturale tra giurisdizione e amministrazione⁽¹⁸⁵⁾, nello studio di Del Prete sul potere disciplinare⁽¹⁸⁶⁾ e, infine, nelle pagine del diffuso *Manuale di diritto amministrativo* di Guido Landi e Giuseppe Potenza⁽¹⁸⁷⁾.

Anche l'Alessi sembra limitarsi, nel secondo dopoguerra, ad una messa a punto di quanto proposto negli anni Trenta, secondo il tradizionale disegno che vedeva nell'amministrazione « l'attuazione concreta del comando primario astratto contenuto nella norma »⁽¹⁸⁸⁾ e, nella discrezionalità, « il margine di apprezzamento dell'interesse pubblico concreto [...], che rimane all'amministrazione in caso che i limiti posti dalle leggi alla potestà di agire conferita all'amministrazione stessa siano meramente *imprecisi*, vale a dire segnati da determinazioni *imprecise* dell'interesse pubblico »⁽¹⁸⁹⁾.

Invece, più complessa appare la ricostruzione del Guicciardi, il cui studio su *La giustizia amministrativa* forniva alla dottrina zanobiniana un rilevante perfezionamento dogmatico. Primo teorico della distinzione tra norme di azione e norme di relazione, il Guicciardi utilizzava questo schema per precisare, in termini di notevole raffinatezza teorica, i limiti giuridici dell'azione amministrativa al-

Con tali premesse il Virga non poteva che rifiutare la teoria di Giannini: « nell'attività amministrativa non può parlarsi di sacrificio di interessi secondari a favore di un interesse primario, perché la P.A. non ha che un unico interesse, quello pubblico, che non può prestarsi alle mutevoli valutazioni dei singoli agenti e che non può essere mai sacrificato » (ivi, p. 30).

⁽¹⁸⁴⁾ G. VIGNOCCHI, *Gli accertamenti costitutivi nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 31.

⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Milano, Edizioni di Comunità, 1964, spec. p. 9.

⁽¹⁸⁶⁾ Cfr. P. DEL PRETE, *La discrezionalità della pubblica amministrazione nell'esercizio della funzione disciplinare*, Bari, Pansini, 1941, spec. pp. 14-15.

⁽¹⁸⁷⁾ Cfr. G. LANDI-G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 12.

⁽¹⁸⁸⁾ ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 4.

⁽¹⁸⁹⁾ ID., *Principi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 213, corsivi dell'autore.

l'interno di un sistema che riaffermava il principio della « soggezione del potere esecutivo ai precetti del potere legislativo », come « caratteristica essenziale dell'ordinamento dello Stato moderno, concepito come Stato legale e di diritto »⁽¹⁹⁰⁾.

Definite le norme di relazione come quelle che « tracciano », a tutela dell'interesse individuale, « la linea di demarcazione fra la sfera giuridica dell'amministrazione e quella del cittadino »⁽¹⁹¹⁾, lo svolgimento della funzione era dominato dalle norme di azione, chiamate a « regolare i momenti fondamentali dell'azione amministrativa » in vista di un interesse pubblico che è sempre « possibile all'ordinamento giuridico prevedere in via generale ed astratta »⁽¹⁹²⁾. Forgiata sugli stampi del legicentrismo pandettistico⁽¹⁹³⁾, la teorica del Guicciardi sottraeva *in toto* la disponibilità dell'interesse pubblico alle scelte dell'amministrazione, cui residuava, eventualmente, solo una discrezionalità sul contenuto dispositivo dell'atto, che poteva essere modulato in conformità di norme non giuridiche, « politiche e tecniche », richiamate da « un principio giuridico che funziona come norma direttiva per l'uso del potere discre-

⁽¹⁹⁰⁾ E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1942, p. 5.

⁽¹⁹¹⁾ *Ivi*, p. 31.

⁽¹⁹²⁾ *Ivi*, pp. 10 e 11.

⁽¹⁹³⁾ Sia le norme di azione, sia quelle di relazione sono, nel modello del Guicciardi, norme rigorosamente legislative: del resto, come ammetteva lo stesso autore, « qualora tutta l'attività amministrativa fosse per intero vincolata dalla legge, si otterrebbe un'amministrazione ideale, poiché ogni suo atto [...] sarebbe per ciò stesso pienamente conforme all'interesse pubblico » (*ivi*, p. 11). L'impostazione statualistica del Guicciardi emergeva con particolare forza nella trattazione della giurisdizione amministrativa che veniva ricostruita, in maniera del tutto 'oggettiva', come attività rivolta a garantire non gli interessi individuali, bensì la sola legittimità degli atti amministrativi, ovvero la conformità della funzione all'interesse pubblico stabilito *a priori* dal legislatore: le norme di azione, infatti, « sono scritte per l'Amministrazione e non per il cittadino, e tendono ad assicurare la conformità dell'azione amministrativa all'interesse pubblico e non già agli interessi individuali. Essi rimangono quindi, dal punto di vista sostanziale, interessi semplici, di mero fatto » (*ivi*, p. 36). Questa tesi fu portata alle estreme conseguenze dall'Alessi, il quale arrivò a teorizzare « l'eliminazione della categoria dell'interesse legittimo quale categoria di diritto sostanziale » (ALESSI, *Interesse sostanziale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa*, in « Archivio giuridico », CXXIX, 1943, pt. I, p. 141). Decisamente contrario a questa ricostruzione CAN-NADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 79.

zionale » e secondo cui « ogni atto amministrativo deve essere diretto a soddisfare l'interesse pubblico nel modo migliore in relazione alle circostanze sulle quali interviene »⁽¹⁹⁴⁾.

Divisa, quindi, tra i sostenitori (più o meno allineati) della dottrina mortatiana e i fedeli del credo zanobiniano, la terza generazione di amministrativisti passò sotto silenzio la proposta di Giannini. In pratica, il solo Sandulli vi aderì senza riserve: infatti, si legge nel *Manuale* del 1952 che, laddove sia concesso all'amministrazione un potere discrezionale, essa « procede — entro i limiti giuridici già indicati e ispirandosi alle norme non giuridiche che devono guidarne l'operato (norme sociali, morali, di buona amministrazione, di correttezza, di orientamento politico) — a un giudizio di ponderazione dell'interesse specifico da realizzare nell'ipotesi concreta, coi vari interessi pubblici dei quali quello venga a contatto; e sulla base di tale giudizio determina il provvedimento da adottare, e lo adotta »⁽¹⁹⁵⁾.

Per un significativo accoglimento della tesi gianniniana bisognerà attendere la metà degli anni Cinquanta, quando una nuova generazione di studiosi riprenderà le fila del dibattito sul potere discrezionale, rivedendo e perfezionando le categorie elaborate nei decenni precedenti.

Fu Casetta il primo a svilupparne una delle intuizioni fondamentali, quella distinzione tra « attività discrezionale e atto discrezionale » su cui si fonda, teoricamente, il riconoscimento di una

⁽¹⁹⁴⁾ GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 13.

⁽¹⁹⁵⁾ SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 194. Nella monografia su *Il procedimento amministrativo* del 1940 il Sandulli, pur rifacendosi ad una visione "multifinale" dello Stato, era rimasto sostanzialmente fedele ai canoni della postpandettistica, affermando che « le stesse attività dei diversi enti pubblici sono, in ultima analisi tutte ispirate a un interesse superiore comune: in quanto [...] questi agiscono tutti per un fine, che è insieme fine dello Stato, il quale perciò li considera attivi nel proprio interesse » (Id., *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 221). Per altro, il manuale sandulliano non incontrò il favore di Giannini, il quale lo giudicò, anzi, « un puro e semplice inventario », poiché, se « scrivere un manuale significa prendere posizione sulla sistematica della scienza [...], la denominazione di manuale non è [...] aderente all'opera » (GIANNINI, recensione a A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1952, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », XII, 1962, rispettivamente pp. 380 e 381).

sfera dispositiva insindacabile dell'azione amministrativa. Premesso, infatti, che « la discrezionalità non si riferisce né al potere, né all'atto », bensì costituisce « un attributo peculiare della funzione amministrativa », l'autore si schierava decisamente « contro l'indirizzo assolutamente dominante », affermando che « il controllo sull'atto in quanto atto esclud[e] ogni controllo sull'attività qualificabile come discrezionale »⁽¹⁹⁶⁾.

Successivamente, la ricostruzione di Giannini era recepita da Piras nella voce *Discrezionalità amministrativa* (compilata nel 1964 per l'Enciclopedia del Diritto), dove l'autore prendeva decisamente posizione contro le tesi di Zanobini e Mortati⁽¹⁹⁷⁾, e dal Finocchiaro, nella sua trattazione sugli *Aspetti dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione in materia ecclesiastica*⁽¹⁹⁸⁾.

E tuttavia, elaborata in funzione delle istanze dirigistiche degli anni Trenta, la teorica gianniniana trovava i suoi più ampi svolgimenti negli studi di Vincenzo Spagnuolo Vigorita sul diritto pubblico dell'economia. Nelle pagine del giurista napoletano la ricostruzione dell'amministrazione come potere autonomo e la concezione imperativistica dell'attività amministrativa si adattavano per-

⁽¹⁹⁶⁾ E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, cit., p. 307, 310. L'area di insindacabilità coincide col merito, costituito da « tutto quanto necessariamente precede la scelta che, tra più soluzioni possibili, la legge consente al funzionario e che coinvolge la comparazione e la valutazione di interessi di vario grado con riferimento all'atto amministrativo da emanarsi » (ivi, p. 321).

⁽¹⁹⁷⁾ Secondo Piras « non ha proprio alcun senso pretendere, come talora s'è fatto, che l'interesse pubblico individuato dalla norma costituisca il fine immutabile e predeterminato, un vincolo o un limite, esterno o interno che sia, dell'attività discrezionale » (PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 77), né « si può sperare di trovare regole o principi, contenuti di esperienza o criteri di giudizio, capaci di individuare la ragione predeterminata dell'unica soluzione possibile in ogni concreto affare che si possa presentare » (ivi, p. 83). Significativo, comunque, che le due maggiori enciclopedie giuridiche dell'epoca, il *Novissimo Digesto Italiano* e, appunto, l'*Enciclopedia del Diritto*, riportino, sul tema del potere discrezionale, le due concezioni storicamente contrapposte: infatti, l'autore della voce *Discrezionalità* nel *Novissimo Digesto* è lo stesso Mortati (MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 1099-1109).

⁽¹⁹⁸⁾ Si veda F. FINOCCHIARO, *Aspetti dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione in materia ecclesiastica*, in « Il diritto ecclesiastico », LXXI, 1960, pt. I, p. 15.

fettamente alla rappresentazione di un ordinamento, quello dello « Stato imprenditore », in cui « la disciplina pubblica dell'economia » spostava sensibilmente « la linea del contrasto tra autorità dello Stato e libertà dei privati, a tutto danno dell'interesse dei singoli e dei gruppi », rafforzando il ruolo costituzionale del « potere "esecutivo" (soggettivamente inteso), cui istituzionalmente spetta, in ultima e *concreta* analisi, di compiere la ponderazione specifica dell'uno e dell'altro interesse, e dunque di procedere [...] alla realizzazione *effettiva* dei compiti statali » (199).

Di fronte agli ampi e penetranti compiti che le politiche interventiste degli anni Cinquanta e Sessanta assegnavano all'amministrazione in materia economica e sociale, sostenere che « l'azione amministrativa » fosse « comunque vincolata alla legge » aveva, per Vigorita, « un senso accettabile nell'unico significato della perdurante necessità per l'amministrazione [...] di un' *autorizzazione legislativa* ad operare, o (se si preferisce) di un *fondamento* di legge per ogni attività »: al di là di questi termini, « ogni più stretta accezione del vincolo legislativo all'attività di amministrazione o si rassegna ad una validità solo parziale e comunque estranea al settore dell'ingerenza economico-sociale, o si pone del tutto fuori dalla realtà » (200). Si trattava, in sostanza, della riaffermazione di quel principio di legalità formale all'interno del quale collocare la riserva di amministrazione, che costituisce il fondamento dell'autonomia amministrativa e la cifra tipica dello Stato dirigista novecentesco.

Ma la riscoperta della sintesi gianniniana doveva fare i conti con una scienza ancora largamente sedotta del mito dell'eteronomia: infatti, la concezione di Zanobini riceveva, proprio tra la fine degli anni Cinquanta e l'inizio degli anni Sessanta, il suo massimo consenso, pur avviandosi, dopo l'elegante sistemazione del Guicciardi, verso un'inevitabile declino (201). Anche gli epigoni del sistema mortatiano erano tornati, dopo i revisionismi dell'immediato

(199) V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, Morano, 1962, pp. 11-12, corsivi dell'autore.

(200) Ivi, p. 27; concetti analoghi si ritrovano in Id., *Considerazioni in tema di forme finalità e organi della disciplina pubblica dell'attività economica*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », VII, 1957, pp. 386-418.

(201) Replicata secondo schemi tratteggiati e assiomatici, questa teorica palesava, or-

dopoguerra, sulle orme della più rigorosa ortodossia, riaffermando l'esistenza di un "dovere di buona amministrazione", tale da « distruggere in radice il margine di libertà che potrebbe ritenersi sussistente nell'ipotesi di attività vincolata solo nel fine e cioè di attività discrezionale » (202).

Nulla di tutto questo emergeva, in realtà, dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che, nell'immediato dopoguerra, aveva decisamente proseguito sulla rotta tracciata nel corso degli anni Trenta, riaffermando, cioè, un sindacato 'debole' sulla sufficienza della ponderazione discrezionale che non si estendesse al merito delle scelte compiute: in questo senso, ribadita l'esistenza di una riserva di amministrazione sulla formazione dell'interesse pubblico, nessun riscontro potevano trovare le teorie volte a negare *tout court* l'autonomia amministrativa, né sul fronte dell'efficacia sostanziale del principio di legalità inteso come limite teleologico del potere, né, tantomeno, sul versante dell'intervento di norme extralegali tali da

mai, la propria (originaria) incapacità di leggere le dinamiche dello Stato pluriclasse. Molti, comunque, i giuristi della quarta generazione ancora fedeli all'insegnamento del maestro pisano; tra questi: GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza. Le ordinanze*, Milano, Giuffrè, 1953, spec. p. 2; FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative*, cit., spec. pp. 46-47; U. GARGIULO, *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1954, spec. p. 20 nt. 18; I. SCOTTO, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Italedi, 1956, spec. p. 58; SIMI, *Il potere discrezionale come carattere essenziale della Pubblica Amministrazione*, cit., spec. p. 891; M. RIVALTA, *La motivazione degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1960, spec. p. 5; G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nell'evoluzione della giurisprudenza*, in « Rassegna di diritto pubblico », XVIII, 1963, pp. 107-108; G. FAZIO, *Sindacabilità e motivazione degli atti amministrativi discrezionali*, Milano, Giuffrè, 1966, spec. pp. 6-7.

(202) BASSI, *La norma interna*, cit., p. 264. Raffinato teorico di questa estrema fase del paradigma mortatiano, il Bassi tentava di risolvere l'aporia della "norme non giuridiche giuridicamente rilevanti" attraverso la "presupposizione rafforzata", figura che ricorre quando « l'ordinamento di riferimento non si limita a presupporre che un elemento di una propria fattispecie legale sia disciplinato *aliunde*, ma si spinge a garantire l'osservanza dello schema precettivo estraneo mediante l'irrogazione di una sanzione per il caso della sua violazione » (ivi, p. 241). Era stato, comunque, il Falzone, all'inizio degli anni Cinquanta, il primo a parlare di un "dovere di buona amministrazione" come di una « doverosità giuridica [...] dell'attività amministrativa in riferimento al determinato interesse pubblico che ne richiede l'esplicazione » (G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 111).

dirigere la valutazione discrezionale verso l'unica soluzione possibile⁽²⁰³⁾.

Nel momento, però, in cui la dottrina gianniniana otteneva dalla giurisprudenza il crisma di un indiscutibile primato, l'apertura del dibattito sulla posizione costituzionale dell'amministrazione era destinato a metterne in discussione i postulati teorici e ideologici.

« In verità in nessun luogo la Costituzione parla di un diritto dei cittadini alla sovranità, alla legalità, alla imparzialità, agli inter-

(203) Infatti, la giurisprudenza degli anni Cinquanta ribadiva la pertinenza dell'interesse pubblico allo svolgimento della funzione, piuttosto che all'interpretazione della legge: si vedano, in tal senso, almeno Cons. Stato, sez. IV, 27 gennaio 1954, n. 46, in « Il Consiglio di Stato », V, 1954, pt. I, p. 28, e Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 1955, n. 123, in « Il Consiglio di Stato », VI, 1955, pt. I, p. 341. Chiara, altresì, la volontà di riconoscere all'amministrazione una sfera dispositiva libera da norme giuridiche, avente ad oggetto la valutazione degli interessi concorrenti e, strutturalmente, destinata a riflettersi sulla formazione di una pluralità di soluzioni parimenti legittime ed insindacabili (così Cons. Stato, sez. IV, 9 agosto 1947, n. 263, in « Il Foro amministrativo », XXIV, 1948, I, 1, p. 65; Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 1953, n. 149, in « Il Consiglio di Stato », IV, 1953, pt. I, p. 231). Il « dato essenziale » del sindacato di legittimità consisteva, in sostanza, nel verificare « che la volontà amministrativa, motivata o meno, si [fosse] rettamente formata » (Cons. Stato, sez. IV, 27 gennaio 1954, n. 46, cit., p. 29), il che significava, ad un tempo, controllare la completezza degli interessi valutati e verificare la congruità e la logicità della valutazione stessa: sindacato, pertanto, « debole », poiché limitato al controllo di una sufficienza meramente logico-formale e, comunque, esercitato necessariamente *ex actis* (attraverso, cioè, la motivazione, ove presente): in tal senso si veda Cons. Stato, sez. IV, 13 aprile 1949, n. 147, per cui « il controllo di legittimità dell'atto [...], sotto il profilo dell'eccesso di potere, è un controllo di "sufficienza" del criterio giuridico ed equitativo che ha ispirato il comportamento dell'amministrazione e non consente anche di indagare quanto di più e di meglio l'amministrazione stessa avrebbe potuto fare » (in « Il Foro amministrativo », XXV, 1949, I, 1, c. 303); in senso conforme Cons. Stato, sez. IV, 31 dicembre 1952, n. 1479, in « Il Consiglio di Stato », III, 1952, pt. I, p. 1643; Cons. Stato, sez. IV, 11 giugno 1954, n. 402, in « Il Consiglio di Stato », V, 1954, pt. I, p. 533; Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 1956, n. 493, in « Il Consiglio di Stato », VII, 1956, pt. I, p. 785; Cons. Stato, sez. IV, 24 aprile 1959, n. 503, in « Il Consiglio di Stato », X, 1959, pt. I, p. 523; Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 1961, n. 63, in « Il Consiglio di Stato », XII, 1961, pt. I, p. 138. Una valutazione più rigorosa e completa veniva richiesta per i provvedimenti destinati ad incidere su diritti soggettivi tutelati costituzionalmente: in questo senso, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 1953, n. 198, in « Il Consiglio di Stato », IV, 1953, pt. I, p. 251; Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 1954, n. 45, in « Il Consiglio di Stato », V, 1954, pt. I, p. 42.

venti economici in generale. Essa si limita solo a dire che la sovranità appartiene al popolo [ma], riconoscendo che la sovranità appartiene al popolo, ha [...] proclamata la necessità della imparzialità e della legalità e degli attivi interventi della pubblica amministrazione a soddisfazione della sete di imparzialità, di legalità e di giustizia sociale degli individui. Essa ha dato dunque fondamento giuridico e riconoscimento legale a quelle pretese politiche ed ha elevato a diritti fondamentali ed inviolabili quelle pretese di fatto »⁽²⁰⁴⁾: così Carlo Esposito, in pagine di grande tensione ideale, rompeva il silenzio di una cultura giuridica che avevano inteso piegare i principi dello Stato democratico ai dogmi dello statualismo giuridico, perpetuando la separazione tra Stato e società, tra amministrazione e costituzione, tra interesse pubblico e interessi privati⁽²⁰⁵⁾.

⁽²⁰⁴⁾ C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 249.

⁽²⁰⁵⁾ La prima vittima di questa chiusura non poteva che essere il principio della sovranità popolare, diligentemente neutralizzato nelle gabbie concettuali della dottrina dello Stato-persona: « il principio della sovranità popolare coincide col principio di sovranità dello Stato » (AMORTH, *La Costituzione italiana; commento sistematico*, Milano, Giuffrè, 1948, p. 34); dello stesso tenore le considerazioni di BALLADORE PALLIERI, *La nuova costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1948, p. 16 e F. PERGOLESÌ, *Lineamenti della Costituzione italiana*, Roma, Edizioni 5 Lune, 1956, p. 28. La circostanza era rilevata dal Crisafulli, secondo cui, « salvo pochissime eccezioni, non sembra che la dottrina più recente abbia compiuto un serio sforzo per adeguarsi ai principi nuovi enunciati dalla Costituzione in merito al rapporto Stato-società e conseguentemente alla posizione e alla rilevanza giuridica del popolo nell'ordinamento vigente. Anzi, si ha talora l'impressione che certe affermazioni del testo costituzionale, a cominciare proprio da quella dell'art. 1 relativa alla sovranità popolare, siano apprese come 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 » (CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di Vittorio Emanuele Orlando*, vol. I, Padova, Cedam, 1957, p. 412); giudizio confermato dal recente saggio di Umberto Allegretti su *Il valore della Costituzione nella cultura amministrativistica*, in « Diritto pubblico », V, 2006, spec. pp. 754-774. Sul dibattito che coinvolge la giuspubblicistica italiana sul tema della sovranità popolare si veda a G. AMATO, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », XII, 1962, pp. 74-103; FIORAVANTI, *Sovranità e forma di governo*, in *La Costituzione italiana*, a cura di M. Fioravanti e S. Guerrieri, Roma, Carocci, 1999, pp. 39-66; ID., *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia*

Per la prima volta trovavano voce le reali istanze della Costituzione repubblicana, fino alla rivendicazione di un « diritto all'imparzialità della pubblica amministrazione », di una funzione sempre aperta al « contraddittorio con tutti gli interessati », di uno Stato in cui « le mura degli uffici dovrebbero essere di vetro »⁽²⁰⁶⁾.

L'affermazione della natura precettiva dell'art. 97 apriva la

del costituzionalismo moderno, Bologna, Il Mulino, 2004², spec. pp. 87-98; LANCHESTER, *La dottrina costituzionalistica italiana tra il 1948 ed il 1954*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXVIII, 1999, pp. 749-785; da ultimo M. GREGORIO, *Quale costituzione? Le interpretazioni della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXXV, 2006, spec. pp. 855-872. Svuotati di ogni contenuto giuridico e politico i postulati dello Stato democratico, apparivano parimenti inconsistenti i principi costituzionali in materia di pubblica amministrazione: possono leggersi, in tal senso, le anodine esegesi di AMORTH, *La Costituzione Italiana*, cit., p. 104; M. CANTUCCI, *La pubblica amministrazione*, in *Commentario sistematico alla costituzione italiana*, a cura di P. Barile, P. Calamandrei, A. Levi, vol. II, Firenze, Barbèra, 1950, p. 159; *La costituzione della repubblica italiana*, a cura di V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, Roma, Colombo, 1948, p. 179; G. CATALDI, *Nuovi indirizzi sull'organizzazione delle amministrazioni centrali*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », I, 1951, pp. 453-504; BALLADORE PALLIERI, *La nuova costituzione italiana*, cit., p. 164. Neppure Giannini, nelle *Lezioni* del 1950, prese in considerazione l'art. 97. Cautamente più aperta la posizione di autori come A. BOZZI, *I profili costituzionali della riforma della pubblica amministrazione*, in « Rivista amministrativa », CI, 1950, pp. 529-547; M. RUINI, *La pubblica amministrazione nella Costituzione*, in « Il Corriere amministrativo », VIII, 1952, pp. 174-188; LUCIFREDI, *La nuova Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 240; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *La pubblica amministrazione e l'ordinamento politico-costituzionale*, in *Problemi della pubblica amministrazione*, vol. I, Bologna, Zanichelli, 1958, pp. 137-153; LESSONA, *La posizione costituzionale della Pubblica Amministrazione*, in *Problemi della pubblica amministrazione*, vol. IV, Bologna, Zanichelli, 1960, pp. 38-39; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1955, tutti concordi nel ritenere che l'art. 97 contenga dei « principi direttivi », tali da imporre « al legislatore di organizzare i pubblici uffici in modo da assicurarne il buon andamento e l'imparzialità » (ivi, p. 325). Fu questa, del resto, anche la posizione della giurisprudenza, secondo cui « l'art. 97 della costituzione rientra fra le norme di carattere direttivo e pertanto non implica l'abrogazione di disposizioni anteriori alla sua entrata in vigore » (Cons. Stato, sez. IV, 28 aprile 1950, n. 224, in « Il Consiglio di Stato », I, 1950, pt. I, p. 134; conformi: Cons. Stato, Ad. Gen., parere 17 gennaio 1957, n. 16, in « Il Consiglio di Stato », VIII, 1957, pt. I, p. 1017 e Corte Cost., sent. 15 luglio 1959, n. 47, in « Giurisprudenza costituzionale », IV, 1959, p. 757).

⁽²⁰⁶⁾ ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione*, cit., p. 257. Preso atto della non immediata applicabilità delle norme costituzionali in materia di pubblica amministrazione, la discussione si spostò sull'efficacia delle cosiddette norme programmatiche. Fu

strada — superati gli argomenti della retorica mortatiana — al riconoscimento di un vero e proprio “dovere di imparzialità” della pubblica amministrazione, inteso come « *vincolo generale [...] del potere discrezionale in tutti i campi in cui tale potere è demandato alla pubblica amministrazione* »⁽²⁰⁷⁾. Dovere, in sostanza, diretto a colpire la sede più intima e ‘sovrana’ della funzione amministrativa: quella ponderazione degli interessi che sempre di più sfuggiva al dominio insindacabile del merito, per entrare nell’orbita della legittimità.

Era questo, del resto, l’esito di un percorso — tutto interno alla fondazione dell’ordine democratico — in cui, alla nascita di un autentico pluralismo giuridico, corrispondeva la formalizzazione degli interessi che in esso trovavano la propria rappresentanza istituzionale; un percorso fatalmente avviato a sottrarre la formazione dell’interesse pubblico agli *arcana* dell’apparato amministrativo, una volta riportata la ponderazione discrezionale sul piano, finalmente *sub iure*, di un trasparente ed imparziale confronto tra Stato e società⁽²⁰⁸⁾.

Veziò Crisafulli il primo a sostenere che l’efficacia delle norme programmatiche « in ordine all’esercizio delle funzione esecutiva si esplica limitatamente agli atti discrezionali o alla parte discrezionale degli atti » (CRISAFULLI, *Norme costituzionali “programmatiche”*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », I, 1951, p. 378) e che tale efficacia è « vincolante [...] nell’ambito del margine di discrezionalità spettante, caso per caso, alle singole autorità; con la conseguenza che l’atto amministrativo discrezionale contrastante sarà viziato nella legittimità » (ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 70); dello stesso avviso anche il Nigro, per cui le norme programmatiche hanno efficacia giuridica piena « negli “spazi liberi” dell’ordinamento, anzitutto, nella interpretazione delle altre norme giuridiche; in secondo luogo, nella limitazione della discrezionalità di tutti gli organi statali » (M. NIGRO, *Sull’efficacia delle norme direttive della Costituzione* (1952), ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1996, p. 143, corsivo dell’autore). Sul dibattito relativo all’efficacia delle norme direttive si veda ancora GREGORIO, *Quale costituzione?*, cit., pp. 888-902 e FIORAVANTI, *Costituzione e legge fondamentale*, cit., pp. 486-496.

⁽²⁰⁷⁾ P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. IV, Padova, Cedam, 1958, p. 30, corsivo dell’autore.

⁽²⁰⁸⁾ Infatti, il dovere di imparzialità fondava la necessità *giuridica* di un’istruttoria completa, razionale e congrua, il che, unitamente alla proliferazione degli interessi giuridicamente rilevanti, andava ad incidere sulla ponderazione comparativa riducendo

Una spinta decisiva in questo senso venne dalla Consulta che, con due successive sentenze, fornì alla dottrina le basi giuridiche su cui edificare gli istituti dell'amministrazione democratica. La sentenza n. 13 del 2 marzo 1962 sanciva, com'è noto, il "principio del giusto procedimento": principio ambivalente, in grado, cioè, di fissare da un lato una riserva di amministrazione nei confronti del potere legislativo, dall'altro una norma relativa allo svolgimento della funzione. Il "giusto procedimento" limitava, infatti, la potestà legislativa alla previa disposizione di norme generali ed astratte, tali da consentire all'amministrazione di provvedere in maniera puntuale e concreta sull'assetto degli interessi concorrenti⁽²⁰⁹⁾; contemporaneamente, imponeva all'organo procedente di agire facendo « gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo avere messo i privati interessati in condizione di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico »⁽²¹⁰⁾.

Si trattava, in sostanza, di un'inedita limitazione del principio di

il novero delle soluzioni possibili, parimenti legittime, oggetto di scelta discrezionale: tutto ciò, se da un lato confermava i lineamenti strutturali della concezione gianniniana della discrezionalità come bilanciamento d'interessi, dall'altro ne limitava considerevolmente il margine di politicità (e di sovranità), in quanto la scelta discrezionale doveva necessariamente stabilire un « regolamento giuridico imparziale del rapporto amministrativo » (ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, p. 186). Confermava questa lettura Cons. Stato, sez. IV, 16 gennaio 1962, n. 37, per cui l'obbligo « di compiere una adeguata comparazione [...] e di motivare la scelta effettuata [...] è in primo luogo d'ordine giuridico e logico, e sotto questo profilo può essere riconosciuto ed affermato dal giudice di legittimità » (in « Il Consiglio di Stato », XIII, 1962, pt. I, p. 18, citata da CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 128 nt. 13).

⁽²⁰⁹⁾ Com'è noto, trattandosi di un principio generale dell'ordinamento giuridico dello Stato, il "giusto procedimento" limitava, secondo la Consulta, la potestà legislativa regionale ma non quella statale. Ma in realtà già il Crisafulli, nella sua nota alla sentenza in questione, affacciava il dubbio che si trattasse non di un principio generale dell'ordinamento, bensì di un vero e proprio principio costituzionale, riconducibile agli artt. 3 e 97 Cost. e, come tale, capace di fondare una "riserva costituzionale di provvedimento" opponibile anche al legislatore statale (cfr. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in « Giurisprudenza costituzionale », VII, 1962, pp. 130-143).

⁽²¹⁰⁾ Corte Cost., sent. 2 marzo 1962, n. 13, in « Giurisprudenza costituzionale », VII, 1962, pp. 140-141.

legalità a fini di garanzia, cui seguiva il trasferimento della tutela degli interessi individuali dalla legge alla funzione amministrativa. Tutto ciò, naturalmente, richiedeva l'attivazione di un « procedimento nel corso del quale gli interessati [fossero] posti in grado di far valere le proprie ragioni e di esperire gli opportuni rimedi, *anche nel merito* »⁽²¹¹⁾. Proprio sulla necessità di organizzare un'amministrazione trasparente ed imparziale, interveniva la successiva sentenza n. 14 del 12 marzo 1962 riconoscendo, infine, il valore precettivo dell'art. 97⁽²¹²⁾.

⁽²¹¹⁾ CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, cit., p. 131.

⁽²¹²⁾ Si veda Corte Cost., sent. 12 marzo 1962, n. 14, in « Giurisprudenza costituzionale », VII, 1962, p. 60. L'efficacia precettiva dell'art. 97 fu, quindi, inizialmente limitata alla sola organizzazione dei pubblici uffici e non anche all'attività amministrativa esterna (così precisava Corte Cost., sent. 3 maggio 1963, n. 56, in « Giurisprudenza costituzionale », VIII, 1963, p. 500). Solo nel 1966 la Consulta riconoscerà che « questa norma costituzionale non si riferisce [...] esclusivamente alla fase organizzativa iniziale della pubblica Amministrazione, ma ne investe piuttosto il funzionamento nel suo complesso aspetto » (Corte Cost., sent. 3 marzo 1966, n. 22, in « Giurisprudenza costituzionale », XI, 1966, p. 230). Sulla decisione del 12 marzo 1962 ebbe modo di intervenire lo stesso Giannini, rilevando come « la Corte » avesse preso « posizione per la prima volta sul secondo dei principi contenuti nell'art. 97 Cost. », in contrasto con chi, per lungo tempo, aveva visto « nell'art. 97 Cost. delle norme di carattere direttivo », se non, addirittura, « delle norme inutili ». In proposito, sottolineava il giurista romano come in altra occasione (cioè nelle *Lezioni di diritto amministrativo* del 1959-60, Roma, Jandi Sapi, 1961, pp. 51-52), egli stesso avesse « accennato che una costruzione plausibile delle varie norme contenute nell'art. 97 Cost. potrebbe essere la seguente: individuare in esso tre principi e una norma direttiva. I principi sarebbero: a) il principio di riserva di legge per ciò che concerne l'organizzazione amministrativa dello Stato [...]; b) il principio di identificazione dei centri di riferimento dei pubblici interessi, che è appunto il principio di cui questa sentenza fa applicazione; c) il principio di imparzialità dell'azione amministrativa, dal quale deriva una conseguenza giuridica ben precisa: l'eliminazione dei moventi politici dal novero di quelli valutabili nell'uso del potere discrezionale; d) infine la norma direttiva è quella che attiene al buon andamento della pubblica amministrazione » (GIANNINI, *Postilla a S. Buscema, Il problema degli uffici giudiziari in Sicilia nel quadro dei rapporti finanziari tra Stato e regione*, in « Giurisprudenza costituzionale », VII, 1962, pp. 159-160). Il commento di Giannini appare come una sintesi esemplare delle direttrici teoriche e ideologiche elaborate dall'autore sin dalla fine degli anni Trenta: infatti, da un lato confermava la tendenza a ricondurre gli interessi giuridicamente rilevanti nell'ambito dei pubblici poteri, operazione resa possibile, dopo il passaggio dallo Stato multifinale ad un autentico pluralismo giuridico, mediante la figura del « centro di riferimento », « strumento che, nel linguaggio della

« Al di là dei limiti segnati dalla legge per i vari elementi dell'atto, l'esercizio della discrezionalità è pienamente e assolutamente libero »⁽²¹³⁾: con quest'affermazione il giovane Giannini aveva inteso erigere, nel 1939, una riserva di amministrazione parimenti opposta al legislatore e al giudice amministrativo ed avente ad oggetto, in entrambi i casi, la valutazione degli interessi pubblici: attività sottratta a norme giuridiche e, pertanto, insindacabile in legittimità. « Intima sostanza » dell'autonomia amministrativa, essa presidiava la cittadella della sovranità originaria, il confine invalicabile tra Stato e società oltre il quale nessuna istanza, sociale o politica, poteva essere ammessa al cospetto dell'autorità.

All'inizio degli anni Sessanta, tuttavia, col progressivo dispiegarsi del disegno costituzionale, questa figura viene a scindersi in due istituti distinti: una riserva relativa al potere legislativo, riguardante la ponderazione degli interessi, e una riserva relativa alla giurisdizione, assai più ristretta della prima ed avente ad oggetto, essenzialmente, il merito amministrativo. Al centro di questo sistema si poneva il principio di imparzialità, ad un tempo garanzia e contenuto della riserva di amministrazione: confine della legalità, argine della politica, regola dell'agire amministrativo.

Ed era proprio il volto ancipite dell'amministrazione democratica a chiamare la scienza del diritto pubblico ad una nuova dogmatica del potere amministrativo, un potere sospeso tra Stato e società, tra organizzazione e attività, tra sovranità e giustizia, preso atto che — a sintesi e superamento delle teoriche del primo Novecento — l'interesse pubblico non riposa nella legge, non s'impone per la volontà delle forze politiche dominanti e non si forma nelle

scienza dell'amministrazione, si può dire *ufficiale* per la cura di un interesse pubblico », sempre, però, precisando che « l'associazione non riconosciuta di mero diritto privato è figura soggettiva ma non è centro di riferimento di nulla », così come non lo sono, « a seconda degli ordinamenti positivi, la famiglia in generale, o solo la famiglia colonica, la comunione tacita familiare, il condominio di edifici, la società in nome collettivo e così via » (Id., *Lezioni di diritto amministrativo 1959-60*, cit., pp. 103, 109, corsivo dell'autore); dall'altro, ribadiva la necessità di sottrarre la ponderazione discrezionale alle determinazioni dell'indirizzo politico, soluzione che, al di là di innegabili motivazioni garantistiche, sembrava anche rispondere alle tradizionali istanze del soggettivismo statualistico.

⁽²¹³⁾ Id., *Il potere discrezionale*, cit., p. 167.

riposte stanze dei pubblici poteri, ma si ordina, piuttosto, rispetto ad una ponderazione imparziale degli interessi pubblici e privati oggettivati nella funzione ⁽²¹⁴⁾.

⁽²¹⁴⁾ Era, naturalmente, nel procedimento che queste problematiche potevano trovare una loro compiuta definizione teorica e in questa direzione si mosse la riflessione dottrinale. Occorreva, infatti, « provvedere, e urgentemente provvedere, ad introdurre nel diritto amministrativo sostanziale quella disciplina generale della funzione che sta alla base del diritto costituzionale », poiché « la disciplina dell'attività amministrativa non in altro si risolve se non nella predisposizione di un ordine rigoroso di estrinsecazione della funzione amministrativa » (BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, Atti del Convegno regionale di studi giuridici - Trento, 28 giugno 1957, in *La procedura amministrativa*, a cura di G. Pastori, Vicenza, Pozza, 1964, pp. 545, 550). Anche secondo Sandulli, il principio di imparzialità « importa l'illegittimità di tutti quegli atti dell'amministrazione i quali, nel perseguire il pubblico interesse, non facciano il debito conto degli interessi privati correlati e la debita comparazione degli interessi privati concorrenti: obbiettivi alla realizzazione dei quali sono preordinate le garanzie del procedimento amministrativo » (SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1964⁸, p. 316, citato da CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 81, nota 35). Ed infine, naturalmente, il contributo del Berti che, reciso ogni legame col soggettivismo formale pandettistico, proponeva di « fondare l'amministrazione ad un livello autonomo dalla realtà statale [...]; di coordinare l'ordinamento normativo con il pluralismo istituzionale, accolto dalla costituzione attraverso il riconoscimento delle autonomie [...]; di cogliere infine nella sua massima espansione il momento comunitario, collettivo, ed obbiettivo, del fenomeno giuridico riferito allo stato e alla pubblica amministrazione in particolare » (G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, p. 39), sino a ricostruire l'amministrazione non come complesso di organi, bensì come « organizzazione di poteri » direttamente oggettivata nella funzione, in cui la discrezionalità si strutturava come dialettica tra poteri, anziché come ponderazione di interessi assegnati ad organi, trovando « la sua verifica nel procedimento » (ivi, p. 286).

STEFANO PIETROPAOLI

MITOLOGIE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE
MODERNO. RIFLESSIONI SULL'INTERPRETAZIONE
SCHMITTIANA DELLA GENESI DELLO
JUS PUBLICUM EUROPAEUM

1. Dal diritto internazionale premoderno allo *jus publicum europaeum*. — 1.1. Diritto internazionale e occupazioni territoriali. — 1.2. Diritto internazionale e guerra. — 1.3. *Jus publicum europaeum*. — 2. I fondatori del diritto internazionale. — 2.1. Francisco de Vitoria. — 2.2. Balthasar de Ayala. — 2.3. Alberico Gentili. — 2.4. Ugo Grozio. — 3. L'itinerario schmittiano tra demitizzazioni e costruzione del mito dello *jus publicum europaeum*.

1. *Dal diritto internazionale premoderno allo jus publicum europaeum.*

1.1. *Diritto internazionale e occupazioni territoriali.*

L'interesse di Carl Schmitt per il diritto internazionale è testimoniato a partire dalla metà degli anni Venti da una lunga serie di saggi e articoli ⁽¹⁾. È però solo nel 1950 che Schmitt dedica al di-

⁽¹⁾ La maggior parte della critica interpreta la produzione giusinternazionalistica di Schmitt o come il disperato tentativo di un giurista compromesso col regime nazista di continuare a dialogare in qualche modo con la comunità scientifica postbellica (questa interpretazione riduce gli scritti internazionalistici schmittiani al solo *Der Nomos der Erde* e ai pochi saggi successivi), o come l'espedito che ha consentito a un costituzionalista — caduto presto in disgrazia agli occhi dell'ortodossia nazista — di evitare di esprimere giudizi sulla politica interna del regime hitleriano (questa interpretazione tiene conto soprattutto degli scritti degli anni Trenta). Diversamente da queste chiavi interpretative, sostengo invece che l'interesse di Schmitt per il diritto internazionale è radicato già negli anni '20, e che è plausibile una lettura 'continuista' della produzione giusinternazionalistica schmittiana. Sul tema, è ora possibile consultare la raccolta di

ritto internazionale una monografia — *Der Nomos der Erde* — nella quale egli tenta una ricostruzione complessiva dell'epoca, ormai definitivamente conclusa, del « diritto internazionale moderno europeo ». A proposito di quest'ultima espressione, è bene rilevare che nel lessico schmittiano 'diritto internazionale moderno europeo' e 'diritto internazionale' non coincidono (2). A differenza di molti internazionalisti suoi contemporanei (3), Schmitt considera l'esperienza dello *jus publicum europaeum* solo come una delle manifestazioni storiche del diritto internazionale, seppur la più significativa (4). Nella prospettiva schmittiana ha quindi senso parlare di un diritto internazionale antico e di un diritto internazionale medievale, distinti dal diritto internazionale moderno, europeo ed 'eurocentrico'. Più precisamente, secondo Schmitt lo *jus publicum europaeum* è stato la prima forma di espressione del diritto internazionale interstatale (*zwischenstaatliches Völkerrecht*), ovvero del diritto internazionale che ha per soggetti gli Stati (5).

Nella riflessione schmittiana, la terra è « la madre del diritto » (6). Il diritto è *erdhaft*, 'terraneo', riferito alla terra, fondato su delimitazioni spaziali (7). Partendo da questo presupposto, Schmitt

scritti schmittiani curata da G. MASCHKE, *Frieden oder Pazifismus? Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924-1978*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005.

(2) Per indicare questo concetto generale di diritto internazionale Schmitt usa il termine *Völkerrecht*, accostato spesso a quello latino *jus gentium*.

(3) Basti pensare al manuale di diritto internazionale di Oppenheim e Lauterpacht, sicuramente il più accreditato nella prima metà del Novecento. Nella edizione del 1906 (L. OPPENHEIM, *International Law. A treatise*, London, Longmans, 1905), nel capitolo II (pp. 44-76), i paragrafi 37 e 41 si intitolano rispettivamente « No Law of Nations in antiquity » e « No need for a Law of Nations during the Middle Ages ».

(4) Sul punto, si veda C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Köln, Greven Verlag, 1950; trad. it. *Il nomos della terra*, Milano, Adelphi, 1991, pp. 263 e ss.

(5) Sul tema, rinvio al terzo corollario al concetto di politico (*Übersicht über nicht staatsbezogene Möglichkeiten und Elemente des Völkerrechts*), in C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Berlin, Duncker & Humblot, 1963; trad. it. *Il concetto di politico*, in *Le categorie del politico*, Bologna, il Mulino, 1972, p. 205.

(6) C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 19.

(7) Ivi, p. 65.

interpreta la storia del diritto internazionale come una storia di « occupazioni di terra », di *Landnahmen* (8).

I « grandi atti primordiali del diritto » sono localizzazioni legate alla terra (*erdgebundene Ortungen*) (9). Il diritto è unità di *Ordnung* e *Ortung*, di ordinamento e localizzazione (10). La *Landnahme* genera un ordinamento iniziale dello spazio da cui deriva ogni altro ordinamento. *Nomos* è il termine greco che indica la prima occupazione di terra, e quindi anche — in un gioco di assonanze intraducibile — « die erste Raum-Teilung und Einteilung, [...] die Ur-Teilung und Ur-Verteilung » (11). Alle occupazioni di terra — scrive Schmitt — « si sono aggiunte in determinate epoche le occupazioni di mare » (12). La nascita del diritto internazionale moderno coincide con una di queste occupazioni: la conquista europea del continente americano. La scoperta di uno spazio ‘vuoto’, la disponibilità di nuovi e immensi spazi liberi ha consentito la realizzazione di un nuovo ordinamento concreto (13).

La struttura degli ordinamenti internazionali era rimasta essenzialmente ‘terranea’ fino alle scoperte colombiane. Nonostante le intuizioni — mitologiche, religiose o scientifiche — di Aristarco di

(8) Ivi, p. 28.

(9) Ivi, p. 22.

(10) Sul punto, rinvio a P.P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milano, Edizioni di Comunità, 1982, pp. 93 e ss. Di Portinaro accolgo la traduzione di *Ortung* con « localizzazione », usata anche dal traduttore italiano di *Der Nomos der Erde* (cfr. E. CASTRUCCI, *La ricerca del nomos*, in C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., pp. 439-441).

(11) C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, ed. tedesca cit., p. 36. I quattro termini ruotano intorno al lemma *Teilung*, traducibile con ‘divisione’ o ‘partizione’, e potrebbero essere dunque approssimativamente resi come: ‘partizione spaziale’, ‘ripartizione’, ‘proto-partizione’ e ‘proto-spartizione’.

(12) C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 28.

(13) Pur essendo riconoscibile una sostanziale continuità della riflessione teorico-giuridica schmittiana, lo spostamento dell’attenzione dai temi costituzionalistici ai temi internazionalistici coincide con il progressivo ripensamento del ‘decisionismo’ di *Politische Theologie* e *Verfassungslehre* a favore di una filosofia dell’ordinamento concreto ispirata alle teorie istituzionalistiche di Maurice Hauriou e di Santi Romano. Sul concetto di *konkrete Ordnung* rinvio a C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934; trad. it. *I tre tipi di scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2002.

Samo, Eratostene, e Seneca ⁽¹⁴⁾, il mondo antico non aveva elaborato compiutamente il concetto di « globo ». Egualmente, l'idea di unità del mondo era rimasta estranea al Medioevo, teatro anzi di una « secolare eclissi dello spazio » ⁽¹⁵⁾. Prima della scoperta delle Americhe mancava l'idea di un pianeta comune a tutti gli uomini, e pertanto mancava « ogni fine politico orientato verso la medesima costellazione di valori » ⁽¹⁶⁾. Non poteva dunque neppure esistere « uno *jus gentium* che abbracciasse tutta la terra e tutta l'umanità » ⁽¹⁷⁾. I grandi imperi dell'antichità e del medioevo consideravano se stessi « come il mondo, o perlomeno come la terra abitata dall'uomo, il centro del mondo, il *kosmos*, la casa » ⁽¹⁸⁾. Ciò che si trovava al di là dei propri confini, era uno spazio ora da temere, ora da ignorare, ora da occupare.

Il diritto internazionale premoderno (« preglobale », secondo il lessico schmittiano) aveva raggiunto un grado di sviluppo notevole in alcuni settori. Nonostante questo, « war das alles nur in einem unvollständigen und unbestimmten Sinne Völkerrecht, *jus gentium* oder internationales Recht » ⁽¹⁹⁾. Nell'interpretazione schmittiana, tra il *vorglobales Völkerrecht* e lo *jus publicum europaeum* vi è una frattura incolmabile, provocata dalla diversa concezione spaziale che segna l'inizio della modernità. Per opera di Colombo e di Magellano — ma anche di Copernico e di Bruno — in poco più di un secolo si verificò una, una rivoluzione spaziale (*Raumrevolution*) senza precedenti.

⁽¹⁴⁾ C. SCHMITT, *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Leipzig, Reclam, 1942; trad. it. *Terra e mare*, Milano, Adelphi, 2002, pp. 60 e ss.

⁽¹⁵⁾ Ivi, p. 12.

⁽¹⁶⁾ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 30.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁸⁾ Ivi, p. 31.

⁽¹⁹⁾ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, ed. tedesca cit., p. 23. Preferisco qui citare direttamente in tedesco, in quanto nella versione italiana il traduttore rende i tre termini indicati da Schmitt (*Völkerrecht*, *jus gentium* e *internationales Recht*) con i soli « diritto internazionale » e *jus gentium*. Per non eliminare uno dei termini, si sarebbe forse potuto tradurre *internationales Recht* con « diritto internazionale » e *Völkerrecht* con « diritto delle genti », ma bisogna riconoscere che quest'ultima espressione, ormai desueta nell'italiano odierno, poco si presta a rendere il termine tedesco, e che in un altro passo Schmitt aggiunge ai termini sopra indicati anche quello di *Recht der Völker* (cfr. C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, ed. tedesca cit., p. 20).

1.2. *Diritto internazionale e guerra.*

In *Der Nomos der Erde*, come ho appena ricordato, Schmitt sostiene che la storia del diritto internazionale coincide con la storia delle occupazioni territoriali (« die bisherige Geschichte des Völkerrechts ist eine Geschichte von Landnahmen ») ⁽²⁰⁾. In *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, uno scritto del 1938 dedicato al mutamento di struttura del diritto internazionale, Schmitt aveva affermato che la storia del diritto internazionale è la storia del concetto di guerra (« [...] die Geschichte des Völkerrechts eine Geschichte des Kriegsbegriffs ist ») ⁽²¹⁾. La seconda affermazione non contraddice la prima ⁽²²⁾. Al contrario, essa serve a chiarire ulteriormente il senso del ‘nomostoricismo’ ⁽²³⁾ di Schmitt.

Il problema della divisione spaziale è intimamente connesso con il problema della limitazione della guerra. Il diritto internazionale premoderno aveva il fine di « separare un ordinamento pacifico da un disordine senza pace, il cosmo da un caos » ⁽²⁴⁾. Al di là del *limes* della *respublica christiana* i cartografi disegnavano un territorio senza ordine e senza padroni. Il diritto internazionale era incapace di concepire « una limitazione della guerra, ovvero un riconoscimento dell’altro impero come *justus hostis* » ⁽²⁵⁾. Il nemico era nemico assoluto, e le guerre erano guerre giuste di annientamento ⁽²⁶⁾.

La fine del diritto internazionale dell’Europa medievale poteva

⁽²⁰⁾ Ivi, p. 19.

⁽²¹⁾ C. SCHMITT, *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, Berlin, Duncker & Humblot, 1938, p. 1.

⁽²²⁾ Esiste, per la verità, una terza affermazione simile alle due che esamino: « [die] Geschichte des Völkerrechts, die in Wirklichkeit eine Geschichte von Reichen ist », in *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht*, Berlin-Wien-Leipzig, Deutscher Rechtsverlag, 1941³, ora in *Staat, Grossraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, p. 309. Sul tema non posso qui occuparmi, e mi limito a rinviare a quanto indico nella nota 92.

⁽²³⁾ Il termine « nomostoricismo » è stato coniato da Pier Paolo Portinaro. Cfr. P.P. PORTINARO, *Logos giuridico e nomostoricismo*, in « Iride », 1992, 8, p. 230.

⁽²⁴⁾ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 33.

⁽²⁵⁾ Ivi, p. 36.

⁽²⁶⁾ Ivi, p. 37.

essere decretata solo da un ordinamento spaziale completamente diverso. Tale fu l'ordinamento sorto « con lo Stato territoriale europeo spazialmente chiuso e accentrato, sovrano nei confronti dell'imperatore e del papa, ma anche di ogni altro vicino: uno Stato che disponeva innanzi a sé di uno spazio libero e illimitato, destinato all'occupazione, nelle terre d'oltremare »⁽²⁷⁾. Nell'interpretazione schmittiana, l'inizio dell'era moderna è segnato dal duplice evento della scoperta del continente americano e della nascita dello Stato moderno.

La disponibilità di un immenso spazio vuoto al di là dell'oceano consentiva di tracciare nuove « linee di amicizia » (*amity lines*), ovvero permetteva di delimitare chiaramente le zone belliche in cui poteva svolgersi la lotta per la spartizione del nuovo mondo. Attraverso la delimitazione di una libera « zona di battaglia » (*Kampfzone*) al di là della linea, si otteneva l'effetto di attenuare la conflittualità nello spazio dello *jus publicum europaeum*. Il concetto di Stato — sul quale tornerò nel prossimo paragrafo — permetteva il mutuo riconoscimento in Europa dei diversi Stati quali « persone sovrane » della stessa qualità morale e giuridica.

La guerra esterna all'Europa continuava ad essere una guerra di annientamento, condotta contro un nemico ingiusto, un pirata, un criminale. La guerra interna all'Europa diventava invece un duello tra avversari titolari di un medesimo *status* giuridico, che in quanto tali osservavano regole comuni di condotta delle ostilità. La guerra non era bandita, ma poteva essere umanizzata, razionalizzata, in altre parole limitata. « La delimitazione di una zona di lotta extraeuropea — scrive Schmitt — servì insomma a limitare la guerra europea »⁽²⁸⁾.

La limitazione della guerra è dunque una conquista della modernità. Solo con la sostituzione dell'idea di *limes* con quella di « confine », al di là del quale si trova un nemico che occupa legittimamente uno spazio definito, diventa possibile quella che Schmitt chiama *Hegung des Krieges*⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ Ivi, p. 52.

⁽²⁸⁾ Ivi, p. 98.

⁽²⁹⁾ Schmitt usa l'espressione *Hegung des Krieges*, la cui traduzione con « limita-

1.3. Jus publicum europaeum.

La storia del diritto internazionale è la storia del concetto di guerra. Il concetto di guerra è l'ultimo e più autentico banco di prova del diritto internazionale ⁽³⁰⁾. È su queste premesse che Carl Schmitt costruisce la vicenda storica del diritto internazionale vigente in Europa tra il XVII e il XIX secolo.

L'obiettivo principale dello *jus publicum europaeum* era la limitazione della guerra. A differenza delle guerre civili e delle guerre confessionali, le guerre del nuovo diritto internazionale erano un « ordinato misurarsi delle forze » (« ein geordnetes Messen der Kräfte ») che si svolgeva in uno spazio delimitato (il teatro di battaglia), di fronte a testimoni (gli Stati neutrali), nell'osservanza di regole procedurali condivise (la dichiarazione di guerra, il divieto di fare uso di un certo tipo di armi, il trattamento dei diplomatici). Secondo Schmitt queste guerre erano il contrario del disordine. Anzi, in queste egli trovava la forma più alta di ordine di cui le forze umane siano capaci (« die höchste Form der Ordnung, deren menschliche Kraft fähig ist ») ⁽³¹⁾. La *guerre en forme* allontanava il fantasma dell'annientamento reciproco. La guerra di annientamento non era possibile se l'avversario era riconosciuto come nemico giusto, come *justus hostis*.

Schmitt riconosce ai fondatori dello *jus publicum europaeum* il merito di aver elaborato un concetto di guerra non discriminatorio, grazie al quale era stata conseguita per circa tre secoli una effettiva limitazione della violenza bellica sul suolo europeo ⁽³²⁾. « Presup-

zione della guerra » in italiano — pur cogliendo il senso di 'delimitazione' — non risulta del tutto appropriata, per le stesse ragioni notate per l'inglese *bedging of war* da Wilhelm Grewe. Cfr. W. GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden, Nomos, 1984; trad. ing. *The Epochs of International Law*, Berlin-New York, de Gruyter, 2000, p. 209, in nota.

⁽³⁰⁾ C. SCHMITT, *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, cit., p. 37: « [...] heute, wie in jedem intensiven Augenblick der Völkerrechtsgeschichte, der Begriff des Krieges in den Mittelpunkt tritt und zum letzten und echtsten Prüfstein allen Völkerrechts wird ».

⁽³¹⁾ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 228.

⁽³²⁾ Sul mito della *guerre en forme* tornerò nell'ultimo paragrafo.

posto, causa, effetto e conseguenza »⁽³³⁾ della limitazione della guerra era la limitazione del concetto di nemico, basata sulla distinzione tra nemico e criminale. Secondo la ricostruzione schmittiana, il problema centrale della filosofia del diritto internazionale moderno è stato quello di separare la questione della *justa causa belli* (ovvero la questione teologica ‘classica’ della dottrina cristiana della guerra giusta) dalla questione del riconoscimento del nemico quale *justus hostis*. Lo spostamento dell’attenzione sul concetto di nemico giusto, e la relativa riduzione — se non la totale rimozione — della rilevanza della giusta causa, avevano consentito l’elaborazione di un concetto di guerra non discriminatorio.

La filosofia dello *jus publicum europaeum* privava le guerre del carattere discriminatorio che aveva contraddistinto i conflitti di religione e le altre guerre in cui il nemico era stato considerato inferiore sul piano morale e giuridico, tanto da rendere impossibile ogni limitazione della violenza bellica. La straordinarietà dell’opera dei fondatori dello *jus publicum europaeum* viene dunque individuata da Carl Schmitt nel superamento di una teoria — la dottrina cristiana del *bellum justum* — che per oltre un millennio (da Agostino di Tagaste a Francisco de Vitoria) aveva avuto il proprio fulcro nel concetto di *justa causa belli*. Nella *respublica christiana* medievale le guerre autorizzate dalla *potestas* pontificia erano *eo ipso* giuste. Nessuna rilevanza aveva il fatto che queste fossero guerre di aggressione oppure di difesa. La dottrina medievale della guerra giusta, è vero, distingueva le guerre condotte tra cristiani (vale a dire tra avversari sottomessi all’autorità della Chiesa), dalle guerre condotte contro i nemici della Cristianità (come i Saraceni)⁽³⁴⁾. Ciononostante, anche i conflitti tra appartenenti alla *respublica christiana* non potevano essere considerati realmente ‘limitabili’, in quanto, nonostante le dichiarazioni di principio⁽³⁵⁾, nessun vero li-

⁽³³⁾ C. SCHMITT, *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, Berlin, Duncker & Humblot, 1991; trad. it. *Glossario*, Milano, Giuffrè, 2001, lettera del 21.07.1948, p. 253.

⁽³⁴⁾ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 132.

⁽³⁵⁾ Schmitt ricorda, ad esempio, come le disposizioni del Concilio Lateranense

mite poteva opporsi a chi conduceva una guerra *ex justa causa*. Anzi, qualora sorgesse una situazione di pericolo per l'esistenza stessa dell'ordinamento della *respublica christiana*, la minaccia interna doveva essere combattuta con un vigore addirittura superiore a quello normalmente riservato agli *inimici fidei* esterni alla comunità. Un conflitto interno alla Cristianità metteva in pericolo l'esistenza stessa dell'ordine medievale basato sul dualismo Impero/Papato: in quanto « guerra civile », esso diventava anzi l'archetipo della guerra giusta.

I fondatori dello *jus publicum europaeum* riuscirono, secondo Schmitt, a « depurare la dottrina della guerra giusta degli elementi propri della guerra civile, separando la questione della *justa causa belli* da quella dello *justus hostis* »⁽³⁶⁾. Lo *jus publicum europaeum* respinse il concetto di *justa causa*. A rendere possibile questo successo della scienza giuridica europea fu l'elaborazione del concetto di Stato. Dissolto l'ordinamento della *respublica christiana*, il punto di riferimento formale non fu più l'autorità della Chiesa, ma fu la sovranità che gli Stati si attribuirono reciprocamente⁽³⁷⁾.

Schmitt dichiara di conoscere e di amare l'opera di Vitoria, Alberico Gentili e Ugo Grozio, ma « prossimi, intrinsecamente prossimi, di una prossimità quotidiana » sono per lui altri pensatori, che « movendo dal diritto pubblico hanno posto i fondamenti del diritto internazionale: Jean Bodin e Thomas Hobbes »⁽³⁸⁾. Sono questi ultimi ad aver elaborato « il concetto decisivo dello *jus publicum europaeum*, lo Stato sovrano »⁽³⁹⁾.

Con il venir meno di una comune autorità superiore, la *respublica christiana* ha lasciato il posto ad un nuovo ordinamento 'anarchico' ma pur sempre giuridico (« Ein anarchischer, aber nicht ein

del 1139 sulla limitazione delle armi a lunga gittata nei conflitti tra principi cristiani vennero immediatamente rese inapplicabili dalla Glossa. Cfr. *ivi*, p. 165.

⁽³⁶⁾ C. SCHMITT, *Ex captivitate salus. Erfahrungen der Zeit 1945-47*, Köln, Greven Verlag, 1950; trad. it. *Ex captivitate salus. Esperienze degli anni 1945-47*, Milano, Adelphi, 1987, p. 74.

⁽³⁷⁾ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 133.

⁽³⁸⁾ C. SCHMITT, *Ex captivitate salus*, trad. it. cit., p. 66.

⁽³⁹⁾ *Ivi*, p. 68.

rechtloser Zustand ») ⁽⁴⁰⁾. In questa nuova fase del diritto internazionale i titolari dello *jus belli* si possono fronteggiare quali persone sovrane, egualmente legittime, riconoscendosi reciprocamente una medesima qualità istituzionale. Nonostante la guerra, gli Stati possono considerarsi l'un l'altro *justi hostes*, e non criminali. L'uguaglianza fra sovrani, osserva Schmitt, ha reso possibile che questi si considerassero fra loro « *partner* bellici equiparati » ⁽⁴¹⁾ e non adottassero i metodi della guerra di annientamento. Nella formalizzazione giuridica dell'avversario come *justus hostis* — un nemico che può anche avere ragione, e non un criminale — Schmitt individua il fattore genetico della razionalizzazione ed umanizzazione della guerra e quindi dell'assenza di guerre di annientamento in Europa per circa tre secoli.

Lo *jus publicum europaeum* ha dunque, secondo Schmitt, risolto il problema della *justa causa*. La risposta al quesito « *Quis judicabit?* » è finalmente chiara: ogni Stato, poiché nel nuovo ordinamento internazionale vige il principio *par in parem non habet jurisdictionem*, decide autonomamente sulla *justa causa* ⁽⁴²⁾. La guerra diventa un confronto armato tra *hostes aequaliter justis*: una guerra fra Stati. E solo lo Stato è soggetto del nuovo diritto internazionale. In questo senso, la guerra limitata dello *jus publicum europaeum* è sempre e solo una « guerra pubblica » (la « *publicorum armorum justa contentio* » di Gentili), perché all'interno dell'ordinamento statale non esistono più nemici (ma solo criminali). L'argomentazione teologico-morale intorno alla *justa causa* è così scalzata dalla riflessione giuridico-formale sullo *justus hostis* ⁽⁴³⁾.

2. I fondatori del diritto internazionale.

2.1. *Francisco de Vitoria*.

Francisco de Vitoria è l'unico protagonista della nascita del di-

⁽⁴⁰⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, cit., p. 173.

⁽⁴¹⁾ Ivi, trad. it. cit., p. 166.

⁽⁴²⁾ Sul punto, rinvio a W. GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, trad. ing. cit., p. 228.

⁽⁴³⁾ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 133.

ritto internazionale moderno cui Carl Schmitt dedichi un intero capitolo di *Der Nomos der Erde* (44).

Il pensiero di Francisco de Vitoria è inserito da Schmitt nell'ambito teorico della dottrina medievale della guerra giusta. Schmitt riconosce a Vitoria una straordinaria imparzialità, obiettività e neutralità, tanto da giudicarne l'argomentazione « non più medievale, ma moderna » (45). Ciononostante, per Schmitt il pensiero di Vitoria « appartiene [...] al Medioevo cristiano e non al moderno diritto internazionale interstatale » (46).

Schmitt considera le *Relectiones de Indis et de jure belli* la sola trattazione sistematica che abbia affrontato apertamente il problema della conquista europea del Nuovo Mondo (47). Vitoria attribuisce agli indigeni la qualità di esseri umani, ponendoli quindi sullo stesso piano morale e giuridico dei cristiani. Partendo da questa tesi, Vitoria opta per il rifiuto della scoperta come titolo legittimo (*jus inventionis*) della conquista delle Americhe. Il 'Nuovo Mondo' per Vitoria non è affatto 'nuovo'. Gli indigeni sono titolari di *dominium* sul proprio territorio, ed i loro capi hanno piena *jurisdictio*. Lo spazio che gli europei pretendono di occupare non è dunque 'libero' o 'vuoto'.

Ciononostante, Vitoria non condanna la conquista. Egli perviene, secondo Schmitt, ad una soluzione « senz'altro positiva » (48) per quanto riguarda la conquista spagnola. Agli spagnoli Vitoria riconosce di agire in forza di un *titulus naturalis societatis et communicationis*. I sette titoli giuridici che Francisco de Vitoria elenca sono: *jus commercii*, *jus praedicandi*, *jus protegendi Christianos conversos*, *jus Christiani principis a Papa delegato et istituto*, *jus interventionis contra tyrannidem*, *jus liberae electionis*, e *jus protectionis socios*. Secondo Schmitt, l'ordine in cui Vitoria esamina questi *jura*, ed il fatto che le sue argomentazioni si concentrino sui primi due — diritto di commercio e di propaganda della fede — lasciano in-

(44) Sulle ragioni di una simile attenzione avrò modo di tornare nelle considerazioni conclusive dell'ultimo paragrafo.

(45) C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 105.

(46) Ivi, p. 134.

(47) Ivi, p. 105.

(48) Ivi, p. 115.

tendere che il governo spagnolo non doveva poi avere molto da temere dal frate domenicano. Al contrario, l'opera di Vitoria dava legittimità alla conquista anche sul piano morale. Allo *jus commercii* Vitoria riconduce direttamente o indirettamente lo *jus peregrinandi et degendi*, lo *jus negotiandi*, addirittura lo *jus praedicandi et annuntiandi Evangelium*.

Nonostante tutto, Vitoria sostiene che l'essere cristiano comporta una superiorità oggettiva sulle altre culture. Se gli *indios* ostacolano il diritto dei cristiani di annunciare la Verità, allora i cristiani hanno diritto di fare loro la guerra finché non vengano garantite le condizioni per l'esercizio del diritto di predicare il Vangelo. Anche se il Papa, secondo Vitoria, « nullam potestatem habet in barbaros Indios neque alios infideles », il destino degli indigeni è segnato. Essi possono o sottomettersi volontariamente, od opporsi alla conquista, violando però in questo caso i diritti riconosciuti dallo *jus gentium* agli spagnoli. Quest'ultimi, davanti alle resistenze degli indigeni, hanno il diritto di fare guerra, anche se devono agire — dato il carattere 'difensivo' della guerra — *cum minimo detrimento* dei barbari.

Schmitt riconosce a Vitoria di avere aperto la via che porterà all'elaborazione di un concetto non discriminatorio di guerra. Egli considera gli indiani non come dei criminali, ma come dei semplici avversari in guerra (eppure, anche per lui ebrei e saraceni restano *hostes perpetui*). La riflessione vitoriana rimane 'cristianocentrica'. Vitoria fonda il suo universalismo sulla 'sociabilità' delle genti. Ma da questo vincolo che lega tutte le genti risulta un ordinamento internazionale asimmetrico: l'orizzonte teorico all'interno del quale egli si muove è ancora quello della teologia medievale. Le proposizioni vitoriane sono, infatti, congegnate per giustificare l'allargamento della *respublica christiana* attraverso la predicazione del Vangelo. I principi di diritto naturale formulati da Vitoria consentono nella loro applicazione pratica ai popoli europei di legittimare la conquista del Nuovo Mondo, mentre non permettono di riconoscere ai nuovi popoli il medesimo *jus peregrinandi*.

Vitoria rimane un teologo, per quanto un teologo atipico. Egli non è del tutto premoderno, ma neppure propriamente moderno. Come ha scritto Carlo Galli, la modernità di Vitoria è una « moder-

nità a scarso tasso di secolarizzazione »⁽⁴⁹⁾. Teologici sono i presupposti della sua speculazione: la salvezza di Dio è offerta a tutti gli uomini (e quindi tutti gli uomini sono uguali); tutti gli uomini sono uguali in quanto creature di Dio (*homo homini homo*). La sua fede cristiana lo porta inevitabilmente a vedere nella predicazione del Vangelo la vera e propria giustificazione della conquista. Si tratta di una visione assolutamente 'ortodossa', dal momento che oltre al Papa anche i sovrani cristiani consideravano l'incarico pontificio come il fondamento giuridico della conquista. Del resto, Vittoria apparteneva ad un ordine, quello domenicano, impegnato nella missione delle Indie proprio nella veste di « custode ed esecutore della missione da cui procedeva *jure gentium* il titolo legittimo alla conquista temporale »⁽⁵⁰⁾.

Vittoria mostra di rimanere vincolato allo schema teologico della *justa causa*. La guerra di conquista è giusta in quanto gli indigeni si sono opposti al diritto di ospitalità, al *liberum commercium* e alla libera propaganda della fede, violando così le norme dello *jus gentium*. Gli interventi militari degli spagnoli oltreoceano trovano ulteriore giustificazione nella necessità della difesa degli indigeni già convertiti al cristianesimo ed ingiustamente oppressi dai barbari (interventi che Schmitt definisce — con un termine destinato ad avere fortuna — *humanitäre Interventionen*). Vittoria interpreta la conquista non come una guerra dei cristiani contro i nativi delle Americhe, bensì come la guerra degli indigeni contro i cristiani. In quanto guerra contro i cristiani, quella degli *indios* è *eo ipso* una guerra ingiusta. Il diritto alla conquista territoriale sorge dunque, scrive Schmitt, solo « in via mediata »⁽⁵¹⁾.

Distante dai concetti di progresso e di civilizzazione, secondo Schmitt l'argomentazione di Vittoria è ancora scolastica e 'astorica', nel senso che si mantiene ad un livello generale senza esaminare la situazione concreta. Vittoria nega la possibilità che la conquista dell'America possa essere fondata sulla scoperta o sull'occupazione, in

(49) C. GALLI, *Introduzione*, in F. DE VITTORIA, *De iure belli*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. L.

(50) C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 121.

(51) Ivi, p. 110.

quanto il territorio americano è già stato scoperto e occupato. Tuttavia, trova una legittimazione della guerra nell'incarico pontificio, mostrandosi così ancora legato all'ordinamento della *respublica christiana* medievale.

« L'assenza di pregiudizi, l'obiettività e la neutralità » di Vitoria, « hanno anch'esse i loro limiti »⁽⁵²⁾. Tra cristiani e non cristiani rimane la differenza che solo i primi possono rivendicare un diritto di intervento basato sulla libertà di missione della Chiesa. Malgrado ciò, secondo Schmitt Vitoria è partito da posizioni teologiche classiche per arrivare ad una dottrina morale naturale e razionale, gettando le basi di quello che sarebbe stato lo *jus naturae et gentium* groziano.

2.2. *Balthasar de Ayala.*

Nel *De jure et officiis bellicis et disciplina militari* del 1582, Balthasar de Ayala cita a più riprese l'opera di Jean Bodin, il maggiore teorico del concetto di sovranità. Ayala considera soltanto la lotta armata tra Stati sovrani come guerra nel senso del diritto internazionale. Attraverso il concetto di Stato, egli non solo liquida la guerra privata come un fenomeno diverso dalla guerra in senso proprio (« *aliud est hostis, aliud rebellis* »), ma definisce espressamente le parti del conflitto quali *justi hostes*.

Nell'interpretazione schmittiana, Ayala è il primo autore a distinguere la questione del *bellum justum* da quella della *justa causa*. Guerra giusta può essere solo la guerra tra *justi hostes*, dove *justum* significa formalmente adeguato: « giusta nel senso puro della forma è solo la guerra pubblica, e precisamente ogni guerra pubblica condotta da sovrani posti sullo stesso piano come eguali, come *aequales* »⁽⁵³⁾.

Grazie alla riflessione bodiniana sulla sovranità, Ayala risolve il problema dell'ammissibilità di un *bellum utrimque justum* (cui Vitoria aveva per primo dato risposta positiva)⁽⁵⁴⁾ ed apre la strada

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 122.

⁽⁵³⁾ Ivi, p. 181.

⁽⁵⁴⁾ La dottrina cristiana della guerra giusta aveva sempre negato — coerente-

verso un nuovo concetto — non discriminatorio — di guerra. Secondo Schmitt ⁽⁵⁵⁾, Ayala sostiene che il carattere giuridico di una guerra deriva non da considerazioni di giustizia nel senso di conformità ad una *justa causa* ma dalle qualità formali di una guerra interstatale di diritto pubblico. Il nuovo ordinamento giuridico europeo poggia sul concetto di Stato, e non più su quello di *respublica christiana*. Il concetto di *justa causa* muta di conseguenza: comincia a svuotarsi dei significati etici e teologici e ad essere reinterpretato in chiave giuridica. La decisione sulla *justa causa* diventa di esclusiva competenza del singolo Stato sovrano. Lo Stato che decide di muovere guerra ad un altro Stato decide automaticamente anche sulla giustizia della propria causa.

Affrancata dai riferimenti alla questione etica della *justa causa*, la dottrina di Ayala considera qualsiasi Stato uno *justus hostis*. Se la dottrina cristiana medievale ruotava attorno al concetto di guerra giusta, la dottrina di Ayala ha al proprio centro il concetto formale di nemico giusto. La giustizia della guerra dipende non più dalla concordanza con determinati contenuti di norme teologiche o morali, bensì dalla qualità istituzionale e strutturale di entità politiche che nonostante la guerra si considerano *justi hostes*. Giusta, in questo nuovo orizzonte teorico, è pertanto ogni guerra interstatale che sia condotta da eserciti militarmente organizzati, appartenenti a Stati riconosciuti dal diritto internazionale europeo, sul suolo europeo e secondo le regole del diritto bellico europeo. *Justum*, in questo senso, significa « perfetto », « adeguato sul piano della forma », come giusto era il *matrimonium* romano o il giuramento alle divinità in Grecia. Formalmente giusta è solo la guerra pubblica, tra *aequales*.

Secondo Schmitt, Ayala è stato il primo a distinguere la questione del *bellum justum* da quella della *justa causa*. Ciononostante, in alcuni passaggi della sua opera è possibile riscontrare ancora punti di contatto con la dottrina medievale. In particolare, il con-

mente con le sue premesse etico-sostanziali — la possibilità che una guerra potesse essere giusta da entrambe le parti. Vitoria tuttavia la considera una (per quanto assurda) possibilità concepibile in caso di ignoranza invincibile.

⁽⁵⁵⁾ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 182.

retto di *justa causa* non sembra perdere completamente la dimensione morale tipica della Seconda Scolastica. Pur non giungendo ad un superamento completo della dottrina medievale, secondo Schmitt la riflessione di Ayala è moderna, in quanto considera la questione della giustizia di una guerra non più legata alla valutazione della *justa causa* in senso etico.

2.3. Alberico Gentili.

« All'inizio del nuovo diritto internazionale europeo » — scrive Schmitt — « sta l'esclamazione di Alberico Gentili che ingiunge ai teologi di tacere sulla questione della guerra giusta: *Silete theologi in munere alieno* »⁽⁵⁶⁾.

Gentili riprende le tesi di Ayala, ma, a giudizio di Schmitt, egli le riformula « in modo più preciso e consapevole [...], con una capacità di elaborazione giuridica molto superiore e con un superiore razionalismo umanistico e uno stile incisivo »⁽⁵⁷⁾. Gentili sviluppa il concetto di *justus hostis*. Come Ayala, anch'egli mostra di conoscere l'opera di Bodin, ed individua nello Stato sovrano il veicolo della deteologizzazione e della razionalizzazione necessarie per superare la dottrina medievale della guerra giusta.

La distinzione tra *jus gentium* e *jus inter gentes* — osserva Schmitt — è antica ed estremamente frequente tra i giuristi e i teologi medievali. Con Gentili assume però un nuovo significato. Le *gentes* diventano « Stati territoriali centralizzati, chiusi e delimitati »⁽⁵⁸⁾, soggetti esclusivi di una « nuova e chiara struttura spaziale »⁽⁵⁹⁾. Il nuovo diritto internazionale interstatale è uno *jus inter gentes europaeas*. Distinta la questione giuridico-formale del *bellum justum* da quella teologico-morale della *justa causa belli*, la guerra assume nella concezione gentiliana la forma di una relazione pari-

⁽⁵⁶⁾ Ivi, p. 141.

⁽⁵⁷⁾ Ivi, p. 188.

⁽⁵⁸⁾ Ivi, p. 146.

⁽⁵⁹⁾ *Ibidem*.

tetica tra Stati sovrani che si affrontano quali *justi et aequales hostes* ⁽⁶⁰⁾.

Nella definizione di guerra proposta da Gentili nel *De jure belli* del 1598 il concetto medievale di *justa causa* è rimosso: « bellum est publicorum armorum justa contentio ». L'aggettivo *justa* indica la correttezza formale, la *perfectio* dello scontro. La guerra è il confronto tra duellanti che si sfidano osservando le medesime regole ⁽⁶¹⁾.

Schmitt sostiene che Gentili ha elaborato una teoria puramente giuridico-formale della guerra. Non vi è traccia in Gentili dell'apparato teologico che era invece stato alla base della concezione cristiana della guerra giusta da Agostino alla Seconda Scolastica. Svuotato di senso il paradigma della *justa causa*, Gentili può sviluppare il concetto di *justus hostis* e ottenere un risultato precluso ai suoi predecessori: affermare la giustizia bilaterale della guerra. Usando un'argomentazione estremamente 'realista', Gentili sostiene che è nella natura della guerra che entrambe le parti in conflitto pretendano di combattere per una giusta causa.

Sulla base del nuovo concetto di guerra, Gentili è il primo autore ad elaborare quello che è comunemente definito *jus in bello*, ovvero quel settore del diritto internazionale che disciplina la condotta delle ostilità. Le riflessioni di Gentili sul diritto dei trattati, sulla validità degli armistizi, sul trattamento dei prigionieri di guerra e sugli ostaggi, confermano la tesi secondo cui Gentili può essere considerato il fondatore del moderno diritto di guerra. Nonostante tutto questo, il pensiero di Alberico Gentili sarebbe presto caduto in un oblio cui solo nel 1874 la *Inaugural Lecture* tenuta ad Oxford da Thomas Erskine Holland avrebbe posto fine ⁽⁶²⁾.

⁽⁶⁰⁾ Ivi, p. 138.

⁽⁶¹⁾ Gentili nel secondo capitolo del *De jure belli* sostiene l'esistenza di un nesso etimologico tra i termini *bellum* e *duellum*: « Et enim ex eo bellum dictum est, quod inter duas partes aequales de victoria contenditur, et duellum a principio propterea nominabatur ». Cfr. A. GENTILI, *De jure belli libri tres* (1598), Hanoviae, Antonius, 1612, pp. 209 e ss.

⁽⁶²⁾ Sul punto mi limito a rinviare al testo della *Lecture*, in T.E. HOLLAND, *Studies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1898, e al saggio di P. HAGGENMACHER, *Grotius and Gentili. A reassessment of T. E. Holland's Inaugural Lecture*, in H.

2.4. *Ugo Grozio.*

« Che deliziosa vittoria del mito groziano! »: questa la caustica esclamazione con cui Schmitt commenta la lunga eclissi del pensiero gentiliano, la cui responsabilità, a suo parere, ricade su Ugo Grozio e i suoi veneratori ⁽⁶³⁾. Nonostante sia stato a lungo considerato il padre del diritto internazionale, Grozio è per Schmitt tutt'altro che un innovatore ⁽⁶⁴⁾. L'unica costruzione teorica originale che Schmitt gli riconosce è la distinzione tra acquisizione originaria e acquisizione derivata della proprietà sul bene ⁽⁶⁵⁾. Di fronte alla conquista territoriale del Nuovo Mondo, Grozio fornì ai conquistatori un concetto che permetteva di considerare la propria acquisizione coloniale come originaria, evitando così di doversi giustificare quali successori degli indigeni.

Quanto al resto della sua riflessione sullo *jus gentium*, Grozio non solo sembra largamente debitore di Gentili e di Ayala, ma in confronto ai due predecessori le sue argomentazioni appaiono « oscillanti e insicure su tutti i punti decisivi » ⁽⁶⁶⁾. Egli si serve inoltre del pensiero di Vitoria ⁽⁶⁷⁾, ed in particolare delle sue riflessioni sul *liberum commercium* e la libertà di missione, usandole a favore dei protestanti inglesi ed olandesi contro i cattolici spagnoli e portoghesi. Grozio neutralizza il carattere specificamente cattolico delle argomentazioni di Vitoria. Il pensiero di un teologo spagnolo diventa così paradossalmente uno strumento della propaganda antispagnola di un paese nemico.

Il severo giudizio di Schmitt si concentra su due punti. In primo luogo, Grozio continua a far rientrare nel concetto di guerra anche la guerra privata, dimostrando quindi di non aver colto che soggetto esclusivo del nuovo diritto internazionale era lo Stato. In

BULL, B. KINGSBURY, A. ROBERTS (a cura di), *Hugo Grotius and International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 1990.

⁽⁶³⁾ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 188.

⁽⁶⁴⁾ Ivi, p. 154.

⁽⁶⁵⁾ Ivi, p. 156 e ss.

⁽⁶⁶⁾ Ivi, p. 189.

⁽⁶⁷⁾ Ivi, p. 126 e ss.

secondo luogo, Grozio sovrappone il piano morale a quello giuridico-formale per quanto riguarda la questione della *justa causa*.

Grozio si differenzia dai teologi, ma ne usa le argomentazioni. In particolare, egli riprende una tipica argomentazione scolastica, quando sostiene che è lecito condurre una guerra esclusivamente *ex justa causa* (in contrasto con la celebrata dichiarazione « *justitiam in definitione [belli] non includo* »). A giudizio di Schmitt, questa tesi era ormai indifendibile. Nel nuovo ordine europeo ogni sovrano affermava legittimamente di essere nel giusto, e mancava qualsiasi istanza superiore di decisione.

Anche Grozio, certo, ammette l'esistenza di una guerra fra *justi hostes*. « Ma la confusione tra i concetti è in lui particolarmente grave »⁽⁶⁸⁾. Tenuto conto di ciò, Schmitt colloca la riflessione groziana nel filone della dottrina filosofica del diritto naturale, insieme alle speculazioni di Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Christian Wolff, e, soprattutto, Immanuel Kant. Schmitt vede in Grozio non un padre del diritto internazionale moderno, bensì il precursore della teoria che, servendosi di un nuovo concetto di « umanità », punta alla costruzione di una *civitas maxima* (ben differente dalla *respublica christiana* medievale). Grozio è così inserito nel quadro teorico il cui esito nel XIX secolo sarà una nuova *potestas spiritualis* coincidente con la « elevazione dello Stato di diritto borghese e della società borghese-individualistica a standard costituzionale su scala mondiale »⁽⁶⁹⁾.

3. *L'itinerario schmittiano tra demitizzazioni e costruzione del mito dello jus publicum europaeum.*

Uno dei maggiori storici contemporanei del diritto internazionale, Peter Haggemacher, ha sostenuto che « la ricerca di un unico fondatore [del diritto internazionale] ha qualcosa di puerile », dal momento che non corrisponde alla « genesi reale di questa disciplina giuridica, che si presenta piuttosto come una creazione collet-

⁽⁶⁸⁾ Ivi, p. 192.

⁽⁶⁹⁾ Ivi, p. 154.

tiva e graduale iniziata prima di Gentili e compiutasi dopo Grozio »⁽⁷⁰⁾. Da un punto di vista storiografico, Haggemacher sicuramente non ha torto. Tutte le interpretazioni che attribuiscono ora all'uno ora all'altro il titolo di fondatore del diritto internazionale moderno possono essere sostenute, ma bisogna convenire che solo in maniera approssimativa si può riconoscere la paternità del diritto internazionale ad un solo autore. Ciononostante, la questione su chi deve essere considerato il 'padre' dello *jus publicum europaeum* è meno oziosa di quanto possa sembrare. Se usciamo dalla visuale meramente storiografica, è facile vedere che attribuire una simile paternità ora a Vitoria, ora a Gentili, ora a Grozio, può produrre (e, come cercherò di mostrare, ha sicuramente prodotto) conseguenze teoriche rilevanti sull'ulteriore sviluppo dei concetti di guerra e di diritto internazionale. In altre parole, ricostruire la genealogia del diritto internazionale assumendo come 'modello originale' la filosofia del diritto internazionale di un certo autore, può essere un ottimo strumento di legittimazione di un concetto di guerra che in quella filosofia trova una giustificazione teorica. Si tratta insomma di un'operazione con cui l'interprete ricostruisce o inventa una tradizione che svolge egregiamente una funzione legittimante.

La maggior parte della dottrina, com'è noto, ha visto in Ugo Grozio il fondatore del diritto internazionale. Si tratta di un orientamento ben radicato, antico e costante nei secoli. La fortuna del *De jure belli ac pacis* iniziò immediatamente dopo la sua pubblicazione. Dal 1625, anno della sua prima edizione, l'opera groziana ha avuto più di 80 ristampe in latino e più di 50 traduzioni (anche se spesso limitate ai soli *Prolegomena*) in altre lingue. A tale successo — che continua ancora oggi con le correnti neogroziane — ha sicuramente contribuito il favore mostrato nei confronti dell'opera groziana da filosofi di grande autorevolezza (penso in particolare a Samuel Pufendorf)⁽⁷¹⁾. Nonostante questa impostazione, non sono

⁽⁷⁰⁾ P. HAGGENMACHER, *Il diritto della guerra e della pace di Gentili. Considerazioni sparse di un «Groziano»*, in *Il diritto della guerra e della pace di Alberico Gentili*, Atti del Convegno Quarta giornata gentiliana, Milano, Giuffrè, 1995.

⁽⁷¹⁾ Tra i pochi che avversarono l'opera groziana, ricordo qui almeno il nome

mancati i critici del pensiero groziano. Basti pensare, per restare in Italia, a quanto Giorgio Del Vecchio scriveva nel 1960: « Non sembra che a lui [Grozio] possa attribuirsi il merito di avere fondato il moderno diritto internazionale; tanto più che con ciò non si renderebbe giustizia alle opere dei suoi precursori » (72). Del Vecchio contesta una visione profondamente radicata, che agli inizi del secolo XX era stata difesa in Italia prima da Francesco Filomusi Guelfi e da Giuseppe Carle, e successivamente da Eugenio Di Carlo e da Guido Fassò (73). A fare la fortuna di Grozio, secondo Del Vecchio, sarebbero state soprattutto le formule generiche che si trovano nei prolegomeni al *De jure belli ac pacis*: formule desunte per lo più da fonti greche e romane, suggestive e affascinanti, che non risultano però coerenti con il contenuto successivo dell'opera.

Secondo Schmitt, il pensiero di Grozio è privo di originalità. Grozio avrebbe attinto a piene mani alle opere dei suoi predecessori (senza peraltro accoglierne le tesi più innovative), ed in particolare al *De jure belli* di Gentili (74). In un caso, nel capitolo XII del *De jure praedae*, Grozio ha riportato esattamente (senza citare) dozzine di frasi dell'opera gentiliana. Se queste pratiche di 'plagio' erano un tempo tutt'altro che eccezionali, certo questo atteggiamento non prova l'originalità della speculazione groziana. Ma per

Voltaire, che fa dire al personaggio di una sua opera: « les compilations de Grotius ne méritaient pas le tribut d'estime que l'ignorance leur a payé ». Cfr. VOLTAIRE, *L'A, B, C, Ou Dialogues Entre A, B, C*, in *Œuvres complètes de Voltaire*, Paris, Aux Bureaux du siècle, 1867-1873, vol. VI, p. 670.

(72) G. DEL VECCHIO, *Grozio e la fondazione del diritto internazionale*, in « Rivista di diritto internazionale », XLIII, 1960, 2.

(73) Quanto alla posizione di Guido Fassò, va però riconosciuto che essa non ha nulla dell'oltranzismo agiografico che caratterizza invece l'approccio di tanti altri autori. Pur considerando Grozio una delle massime figure della storia della filosofia del diritto, Fassò sostiene che egli « non sia un pensatore di grandissimo talento speculativo, [e] che la sua fama sia dovuta, più che al reale valore della sua opera, alla fortuna che ad essa arrise in parte per cause contingenti » (G. FASSÒ, *Introduzione* a U. GROZIO, *Prolegomeni al diritto della guerra e della pace*, Napoli, Morano, 1979, p. 12).

(74) Sulla questione del debito gentiliano nel pensiero groziano, oltre al testo di Del Vecchio, ricordo almeno l'articolo di F. ITO, *Alberico Gentili e Ugo Grozio*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XLI, 1964, pp. 621-27; e il saggio di P. HAGGENMACHER, *Grotius and Gentili. A reassessment of T. E. Holland's Inaugural Lecture*, cit.

cogliere il vero senso della critica schmittiana, occorre andare al di là delle questioni filologiche.

L'avversione di Schmitt per Grozio può essere letta come una manifestazione di risentimento contro i fautori di un ordinamento internazionale dominato dal libero commercio. La filosofia del diritto internazionale di Grozio forniva un apparato teorico che legittimava pienamente le teorie tardo-ottocentesche che interpretavano il diritto internazionale non come uno *jus inter gentes*, ma come un diritto comune generale (*durchgängiges Gemeinrecht*) basato sulla autarchia economica e sulla libertà dei mari⁽⁷⁵⁾. Questo modo di concepire il diritto internazionale, a parere di Schmitt, comportava la messa in secondo piano della sovranità politica. Ecco dunque che il discorso schmittiano assume come bersaglio polemico non tanto la riflessione di Grozio in se stessa, quanto l'atteggiamento 'filogroziano' di quegli autori che del *De jure belli ac pacis* si servivano per legittimare un *Wirtschaftsvölkerrecht*. Questo « diritto internazionale economico » era universalistico, sganciato dal concetto di sovranità e potenzialmente capace di mandare in frantumi il sistema di limitazione della guerra dello *jus publicum europaeum*⁽⁷⁶⁾. Di qui l'interpretazione schmittiana che fa di Grozio — con un giudizio eccessivamente severo e altrimenti non spiegabile — l'ultimo esponente della Seconda Scolastica piuttosto che il fondatore del diritto internazionale moderno.

Se questa ricostruzione è plausibile, essa è applicabile anche con maggiori ragioni alla interpretazione schmittiana di Vitoria. Più di Grozio, Schmitt temeva Vitoria (*rectius*: i riscopritori di Vitoria). In *Der Nomos der Erde*, Schmitt riporta la seguente frase attribuendola a Vitoria: « Princeps qui habet bellum justum fit iudex hostium »⁽⁷⁷⁾. Non è difficile intuire che cosa dovesse pensare di una simile affermazione Schmitt, che a seguito della disfatta tedesca nel secondo conflitto mondiale era stato internato per più di un anno

(75) C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 266.

(76) Per una lista dei giuristi cui Schmitt imputa di aver favorito la despazializzazione del diritto internazionale classico rinvio a C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 291, in nota.

(77) Ivi, p. 136.

nei campi di detenzione alleati in attesa di giudizio (per venire però poi rilasciato, non essendo emersi elementi a suo carico) (78).

Schmitt riconosce a Vitoria alcuni meriti, ma non esita a confinare la riflessione del domenicano nel medioevo. Occorre però notare che, pur presentandola come un'ipotesi paradossale, Vitoria per primo aveva concepito la possibilità di un *bellum justum ex utraque parte*. Tale concetto svolge nella rilettura schmittiana un ruolo fondamentale nel percorso teorico che porta alla elaborazione di un concetto non discriminatorio di guerra (e quindi al diritto internazionale moderno). Inoltre, l'indubbia originalità delle *Relectiones* può giustificare largamente un'interpretazione che veda in Vitoria una delle figure più importanti nella storia del diritto internazionale. Ciononostante, Schmitt non mostra alcuna indulgenza verso Vitoria.

La ragione di un giudizio così severo è solo apparentemente chiara: nell'opera di Vitoria Schmitt vede « tutta la logica inquietante della guerra giusta, la trasformazione del nemico in criminale condannato, dello *justus hostis* in *perfidus hostis*, il vincitore come *judex* » (79). Ma è possibile trovare un'altra e più profonda motivazione dietro la critica schmittiana. Più che la riflessione di Vitoria, Schmitt intende contestare l'uso che ne era stato fatto a partire dal Novecento. Oltre che nelle pagine di *Der Nomos der Erde* (80), nel diario di Schmitt è possibile trovare numerosi elementi che suffragano questa ipotesi. La dottrina della guerra giusta di Vitoria è stata

(78) Sulla vicenda si veda J.W. BENDERSKY, *Carl Schmitt Theorist for the Reich*, Princeton, Princeton University Press, 1983; trad. it. *Carl Schmitt teorico del Reich*, Bologna, il Mulino, 1989; e H. QUARITSCH, *Carl Schmitt im Nürnberger Justizgefängnis*, in C. SCHMITT, *Antworten in Nürnberg*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000; trad. it. *Carl Schmitt nel penitenziario di Norimberga*, in C. SCHMITT, *Risposte a Norimberga*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

(79) C. SCHMITT, *Glossarium*, trad. it. cit., p. 149.

(80) Dove peraltro, in conclusione del capitolo su Vitoria, Schmitt riconosce le *Relectiones* come opera ammirevole, suscettibile però di mistificazioni: « La nostra intenzione era quella di purificare la sua immagine da false stratificazioni di colore e di restituire alle sue parole il loro autentico significato. Il nome di Vitoria non ne verrà a perdere nulla: risuonerà forse in maniera meno clamorosa, ma senza dubbio più pura » (C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 140).

oggetto di un « terribile abuso »⁽⁸¹⁾: « Una lunga esperienza — scrive Schmitt — mi insegna che nove decimi di ciò che oggi si scrive su Vitoria sono menzogna spudorata, vero e proprio ciarpame dal punto di vista scientifico, frutto di una subalternità miserabile. Proprio nella congiuntura di James Brown Scott »⁽⁸²⁾.

Il nome di James Brown Scott⁽⁸³⁾ è ricordato da Schmitt più volte in *Der Nomos der Erde*. Negli anni immediatamente successivi alla prima guerra mondiale, Scott era stato il protagonista indiscusso della *renaissance* di Vitoria e della seconda Scolastica. Secondo Schmitt, Scott aveva trovato in Vitoria « una miniera di argomenti »⁽⁸⁴⁾ a favore di un nuovo concetto discriminatorio di guerra. « La forza di un pensatore della scrupolosità ed apertura proprie della Scolastica veniva legata al carro di una causa a lui estranea e perfino nemica »⁽⁸⁵⁾. Secondo Schmitt, la dottrina vitoriana della guerra giusta non era giunta alla elaborazione del concetto di *justus hostis*. Su questo egli ha sicuramente ragione. Ma quello che più conta per la valutazione dell'interpretazione schmittiana, è che il pensiero di Vitoria si prestava perfettamente ai tentativi di fare della guerra uno strumento di giustizia internazionale o un'azione di polizia criminale. Delle argomentazioni di Vitoria Scott si servì per gettare le basi del concetto di guerra come crimine. La culla della nuova fama di Vitoria era quel Carnegie Endowment for International Peace di cui Scott fu il primo segretario: « La data di nascita della moderna guerra giusta e della connessione di questo tipo di giustizia con i mezzi di distruzione di massa; il luogo di nascita (la moderna Betlemme) in cui si preparano le tempeste d'acciaio »⁽⁸⁶⁾, fu per Schmitt il 14 dicembre del 1910, ov-

⁽⁸¹⁾ C. SCHMITT, *Glossarium*, trad. it. cit., p. 242.

⁽⁸²⁾ Ivi, p. 243.

⁽⁸³⁾ A lungo direttore dell'« American Journal of International Law » e presidente dell'*American Institute of International Law*, Scott era stato delegato alla seconda Conferenza di pace dell'Aja del 1907. Dal 1910 fu segretario del *Carnegie Endowment for International Peace*, carica che avrebbe rivestito fino al 1940.

⁽⁸⁴⁾ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 130.

⁽⁸⁵⁾ Ivi, p. 139.

⁽⁸⁶⁾ C. SCHMITT, *Glossarium*, trad. it. cit., p. 261. Chiaro il riferimento a *In Stablgewittern* di Ernst Jünger.

vero il giorno in cui Andrew Carnegie aveva scritto ai fiduciari della fondazione che porta ancora il suo nome, che loro compito sarebbe stato quello di « annientare la guerra », in quanto essenzialmente criminale.

Come ho cercato di sottolineare, la teoria internazionalistica schmittiana ruota intorno al concetto di guerra non discriminatoria. La guerra dello *jus publicum europaeum* non era un crimine, quindi il nemico non era un criminale. In virtù di questo *status*, il nemico poteva aspettarsi di essere sconfitto senza per questo essere annientato, giustiziato, disumanizzato.

Le dottrine internazionalistiche degli anni Venti del Novecento tendevano invece quasi unanimemente a condannare la guerra come crimine internazionale, inaugurando un indirizzo teorico che avrebbe trovato la massima espressione nella sentenza del Tribunale militare internazionale di Norimberga ⁽⁸⁷⁾, e la definitiva consacrazione nella risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite 95 (i) dell'11 dicembre 1946, che fece propri i principi del diritto internazionale riconosciuti dallo Statuto e dalla sentenza del Tribunale.

La ricostruzione schmittiana della genesi del diritto internazionale mette in luce le ragioni profonde delle interpretazioni che vedono in Grozio e Vitoria gli apostoli del diritto internazionale post-classico, caratterizzato da un concetto discriminatorio di guerra e quindi dalla ineguaglianza giuridica e morale dei belligeranti, che non sono più belligeranti equiparati, ma sono invece aggressori o aggrediti, criminali o giustizieri.

D'altra parte, è indubbio che anche le tesi storiografiche di Schmitt non sono irreprensibili. Schmitt non si pone come obiettivo centrale una rigorosa ricostruzione della storia del diritto internazionale, ma mira a legittimare un modello teorico di diritto internazionale e delegittimarne allo stesso tempo un altro. In questo senso, Schmitt 'inventa' una tradizione facendo ricorso, da una

⁽⁸⁷⁾ Come recita il *Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals*: « To initiate a war of aggression, therefore, is not only an international crime; it is the supreme international crime differing only from other war crimes in that it contains within itself the accumulated evil of the whole ».

parte, a quelle che definisce « le fonti mitiche del sapere storico giuridico » (« die mythische Quellen rechtsgeschichtlichen Wissens ») ⁽⁸⁸⁾ e dall'altra a fonti che lui stesso mitizza *ad hoc*.

La critica schmittiana del mito groziano e del mito vittoriano può essere ribaltata e rivolta contro Schmitt come critica del 'mito gentiliano', il cui simbolo più fortunato è il « Silete! » che riecheggia per ben quattro volte nelle pagine di *Der Nomos der Erde* ⁽⁸⁹⁾. Schmitt ne fa uno slogan che introduce una lettura del pensiero gentiliano esasperatamente centrata sulla divaricazione tra teologia e diritto. Schmitt punta in questo modo a fare di Gentili l'alfiere del 'giuridico' in opposizione al 'teologico', e quindi il primo a superare il concetto di *justa causa belli* e a elaborare quello di *justus hostis*.

L'intuizione di Schmitt è in larga parte persuasiva. In Gentili per la prima volta la *justa causa* dei teologi viene spogliata del suo manto di giustizia divina, e rivela il volto della brama di gloria e di potere come uniche reali cause della guerra (e forse non è esagerato parlare di « realismo gentiliano ») ⁽⁹⁰⁾. Per Gentili la giustizia della guerra risiede nella sua correttezza formale, nella *perfectio* dello scontro: egli è sicuramente il primo (insieme ad Ayala) ad affermare che la guerra è sempre giusta da entrambe le parti, prefigurando dunque un concetto di guerra non discriminatorio. Ma sarebbe troppo sostenere che Gentili ha totalmente svuotato di senso il concetto di *bellum justum* ed è dunque approdato ad una giustificazione puramente formale della guerra.

Schmitt omette ogni riferimento ai paragrafi del *De jure belli* dedicati alle giuste cause della guerra, dove Gentili riprende la sistemazione vittoriana del tema delle *justae causae* dandone però una

⁽⁸⁸⁾ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 14. Ricordo qui per inciso che Schmitt sostiene che tali fonti mitiche sono state rese accessibili ai giuristi da Johann Jakob Bachofen (il cui avversario, Mommsen, Schmitt critica a più riprese in *Der Nomos der Erde*). Sulla vicenda cfr. L. GOSSMAN, *Orpheus Philologus. Bachofen versus Mommsen on the Study of Antiquity*, in « Transaction of the American Philosophical Society », LXXIII, 1983, 5 (estratto); e la recensione allo stesso volume di A. MOMPIGLIANO, apparsa in « Journal of Modern History », LVII, 1985, 2, pp. 328-330.

⁽⁸⁹⁾ Noto qui per inciso che nel *De jure belli* la frase compare una sola volta, in conclusione del capitolo XII del libro I, ed in maniera tutto sommato estemporanea.

⁽⁹⁰⁾ Su Gentili rinvio allo studio di D. PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo nell'Inghilterra elisabettiana*, Padova, La Garangola, 1981.

giustificazione aristotelica. Gentili distingue così tra « causa efficiente » (che riguarda la legittimità dei belligeranti), « causa materiale » (relativa alle giuste cause della guerra), « causa formale » (che attiene ai limiti del diritto di nuocere al nemico) e infine « causa finale » (che si riferisce al ristabilimento della pace). Questa tassonomia è necessaria premessa della riflessione che Gentili sviluppa nel secondo libro del *De jure belli*, dedicato alla definizione delle regole di condotta del conflitto bellico. Il concetto di causa formale, grazie al quale Gentili può elaborare quello che è comunemente indicato come *jus in bello*, non può essere da lui totalmente liberato dallo schema delle *justae causae*, come avverrà soltanto nei secoli seguenti.

Tanto in Gentili quanto, del resto, nei giuristi successivi e sostanzialmente fino all'Ottocento, il tema della *justa causa* sopravvive. Certo, le differenze con la dottrina medievale della guerra giusta si fanno sempre più rilevanti, ma la radicale rimozione della *justa causa* in senso teologico che Schmitt pretende di scoprire già in Gentili si avrà solo due secoli più tardi. Soltanto nell'Ottocento la « giusta causa » della guerra perderà completamente i tradizionali accenti teologici e morali, diventando giusta solo perché dichiarata da un sovrano e condotta in osservanza di certe regole, senza riguardo alle motivazioni della decisione sovrana.

Al mito gentiliano è strettamente connesso l'altro stratagemma cui Schmitt ricorre, e cioè quello della *guerre en forme*. In particolare in *Der Nomos der Erde*, egli enfatizza l'effettività dei risultati conseguiti dalla *Hegung des Kriegeres* del diritto internazionale moderno. I pochi dati che abbiamo a disposizione sembrano effettivamente confermare l'ipotesi schmittiana⁽⁹¹⁾. I conflitti tra Stati europei dell'Ottocento hanno sicuramente comportato l'uccisione di un numero di civili estremamente più basso rispetto ai conflitti extra-europei. Bisogna però notare che non abbiamo che limitate testimonianze riguardanti il Seicento e il Settecento, testimonianze che non permettono di confermare (ma neppure di smentire) l'ipotesi schmittiana. Peraltro non si può non osservare che Schmitt 'di-

(91) D. SINGER, M. SMALL, *The Wages of War. A statistical Handbook*, New York, Wiley, 1972.

mentica' le guerre napoleoniche, che certo non potevano essere considerate un esempio di effettiva limitazione della guerra, e che possono essere inserite all'interno della interpretazione di Schmitt solo se considerate *extra ordinem*, parentesi sanguinosissima interpretabile solo in termini di uno stato di eccezione nello *jus publicum europaeum*.

È Schmitt stesso ad affermare che la *Hegung* della violenza bellica nello *jus publicum europaeum* era limitata alle sole guerre tra Stati europei combattute sul suolo europeo. In questo modo rimanevano « oltre la linea », quindi, tanto le guerre coloniali, quanto le guerre marittime. D'altra parte, nello *jus publicum europaeum* di Schmitt, la limitazione della guerra è resa possibile proprio dalla eternalizzazione della violenza al di là dei confini europei ⁽⁹²⁾. Ciò

⁽⁹²⁾ Come è noto, in riferimento all'ordinamento internazionale post-classico, Schmitt ha auspicato la divisione del mondo in *Grossräume*. Non avendo Schmitt lasciato una esposizione sistematica di questa teoria dei grandi spazi, è difficile intuire in che modo pensasse che fosse possibile limitare la guerra nel nuovo contesto mondiale. Se lo *jus publicum europaeum* poggiava internamente sul mutuo riconoscimento della statualità ed esternamente sulla disponibilità di spazi suscettibili di conquista, in un mondo privo di spazi 'vuoti' la limitazione della violenza deve poggiarsi solo sullo 'standard costituzionale comune' dei soggetti del nuovo diritto internazionale: esso conserva così solo la limitazione 'interna', a meno di non considerare effettiva la possibilità di conquiste all'esterno del globo terraqueo. Sul tema rinvio ai seguenti testi di Schmitt: *Raum und Großraum im Völkerrecht*, in « Zeitschrift für Völkerrecht », XXIV, 1940, pp. 145-79; *Gespräch über den neuen Raum*, in *Estudios de Derecho Internacional en homenaje a Barcia Trelles*, a cura della Università di Santiago de Compostela, Zaragoza 1958 (trad. it. in *Terra e mare*, a cura di A. Bolaffi, Milano, Giuffrè, 1986); *Großraum gegen Universalismus. Der völkerrechtliche Kampf um die Monroedoktrin*, in « Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht », VI, 1939, 7, pp. 333-7; *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht*, Berlin-Wien-Leipzig, Deutscher Rechtsverlag, 1939 (trad. it. *Il concetto di impero nel diritto internazionale. Ordinamento dei grandi spazi con esclusione delle potenze estranee*, a cura di L. Vannutelli Rey, Roma, Biblioteca dell'Istituto Nazionale di Cultura Fascista, 1941). Inoltre, utile è la consultazione di M. SCHMOECKEL, *Die Großraumtheorie. Ein Beitrag zur Geschichte der Völkerrechtswissenschaft im Dritten Reich, insbesondere der Kriegszeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, in particolare alle pp. 20-152; nonché di H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlin, Neuwied, 1964; trad. it. *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, pp. 248-259.

significa però che la « guerra in forma » ha riguardato un numero relativamente limitato di conflitti, ed è del tutto estranea alle guerre coloniali.

A questo punto, è ovvio domandarsi se i miti creati da Schmitt, ed in particolare quello gentiliano e quello della *guerres en forme*, siano davvero funzionali alla legittimazione di un ordinamento internazionale particolare, così come lo sono il mito groziano e quello vittoriano. Sicuramente quello costruito da Schmitt è un apparato concettuale in grado di legittimare *ex tunc* l'ordinamento eurocentrico dei secoli XVII-XIX. Ma quando Schmitt scrive *Der Nomos der Erde*, il suo obiettivo non è quello di raccontare — nostalgicamente — una bella storia del passato. Più volte Schmitt evita di affrontare temi troppo vicini al suo tempo, e in più di un'occasione Schmitt ritiene di dover interrompere la propria trattazione (« An diesem Punkt brechen wir unsere Erörterung ab », oppure « Damit brechen wir unsere Darlegung ab »). Come avrebbe detto in un'intervista concessa pochi anni prima di morire, Schmitt era convinto di aver fatto i conti con la « sfortuna del giurista »⁽⁹³⁾.

Come docente e come studioso di diritto pubblico, Schmitt sostiene di aver affrontato questioni la cui portata aveva investito la politica interna e la politica internazionale. Di conseguenza, egli sosteneva di essere stato « esposto direttamente al pericolo del Politico ». A questo pericolo il giurista non può sfuggire, « neppure scomparendo nel nirvana del puro positivismo »⁽⁹⁴⁾.

Pur impegnato ad essere prudente, Schmitt non interrompe mai veramente la sua rischiosa trattazione. *Der Nomos der Erde*, lungi dall'essere una ricostruzione sistematica della storia del diritto internazionale moderno, è in realtà una potente critica al diritto internazionale che aveva scalzato lo *jus publicum europaeum* e che stava ormai orientandosi in senso universalistico, umanitaristico e interventista sotto l'egida degli Stati Uniti d'America.

La prima guerra mondiale fu l'ultima guerra disciplinata dallo *jus publicum europaeum* o, più precisamente, essa cominciò come

⁽⁹³⁾ Intervista di F. LANCHESTER a Carl Schmitt, pubblicata col titolo *Un giurista davanti a se stesso*, in « Quaderni costituzionali », III, 1983, 1, pp. 5-34.

⁽⁹⁴⁾ C. SCHMITT, *Ex captivitate salus*, trad. it. cit., p. 57.

una guerra regolata dal diritto internazionale moderno europeo (« als ein europäischer Staatenkrieg alten Stils »), ma si concluse in vigenza di un ordinamento internazionale del tutto nuovo⁽⁹⁵⁾. Questo nuovo ordine nacque in Francia, a Parigi, dove il 18 gennaio del 1919⁽⁹⁶⁾ ebbe inizio la Conferenza di Pace ed il 28 giugno dello stesso anno fu siglato il Trattato di Versailles⁽⁹⁷⁾. Schmitt si era avvicinato allo studio del diritto internazionale proprio esaminando la questione del *Diktatfrieden* del 1919. A esprimere un giudizio negativo sull'esito della Conferenza di pace furono, oltre ai tedeschi, illustri personaggi che appartenevano a orientamenti politici estremamente diversi tra loro (come ad esempio John Maynard Keynes⁽⁹⁸⁾ e Lenin⁽⁹⁹⁾). Ad attirare le principali critiche al 'sistema di Versailles' fu la parte ottava del Trattato, intitolata « Reparations », i cui articoli⁽¹⁰⁰⁾ imponevano alla Germania una serie di misure pesantissime⁽¹⁰¹⁾. L'enorme entità delle riparazioni richieste dalle Potenze vincitrici avrebbe gravato soprattutto sulla popolazione civile, ed avrebbe condizionato negativamente il futuro di intere generazioni di tedeschi. È opinione diffusa che il Trattato di Versailles ha creato le premesse della Seconda Guerra Mondiale. Anche Hans Kelsen ha riconosciuto nelle condizioni del Trattato la

⁽⁹⁵⁾ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 335.

⁽⁹⁶⁾ Il profondo valore simbolico della Conferenza si evince già da questi due semplici dati: nello stesso giorno (il 18 gennaio) e nello stesso luogo (la Sala degli Specchi di Versailles) l'Impero tedesco era nato nel 1871.

⁽⁹⁷⁾ La Conferenza si chiuse il 21 gennaio del 1920. Il Trattato di Versailles con la Germania, seppure il più importante, non fu il solo a rientrare nella Pace di Parigi, che includeva anche i Trattati con Austria-Ungheria, Bulgaria e Turchia.

⁽⁹⁸⁾ J. M. KEYNES, *The Economic Consequences of the Peace*, London, Macmillan, 1919; trad. it. *Le conseguenze economiche della pace*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1983.

⁽⁹⁹⁾ Pur non essendo certo un amico della Germania guglielmina, Lenin definì quella di Versailles una pace di « banditi e usurai ».

⁽¹⁰⁰⁾ Si tratta degli artt. da 231 a 247.

⁽¹⁰¹⁾ Tra le quali ricordo, ad esempio: il pagamento di venti miliardi di marchi oro entro il maggio del 1921; la cessione di tutte le colonie; il ridimensionamento delle forze armate (ridotta a sei navi da guerra la Marina, a 100.000 soldati l'Esercito, eliminata l'Aviazione); la cessione di parte del proprio territorio a Belgio, Francia, Danimarca e Polonia; la cessione di una lunga serie di beni (carbone, navi, ma anche bestiame).

causa principale del crollo della Repubblica di Weimar e dell'ascesa del nazionalsocialismo ⁽¹⁰²⁾.

Non vi è quindi da stupirsi se a partire dal 1919, e per quasi venti anni, il tema della 'lotta a Versailles' fu uno dei più frequentati da intellettuali, politici e giuristi tedeschi. A differenza di altri pensatori, Schmitt non limitò le proprie critiche alla Parte VIII del Trattato. Egli vide il nucleo centrale del sistema di Versailles non nell'articolo 231, quanto piuttosto nel 227. La questione decisiva per il nuovo diritto internazionale era per lui la responsabilità internazionale penale dei soggetti individuali.

La 'battaglia personale' di Schmitt contro il sistema di Versailles aveva avuto inizio nel 1923 ⁽¹⁰³⁾. Nel gennaio di quell'anno, in seguito alla dichiarazione da parte del governo tedesco di non essere più in grado di far fronte alle riparazioni di guerra previste dal Trattato di Versailles, le truppe di Francia e Belgio avevano invaso la Ruhr. È in questo contesto di crisi che Carl Schmitt, dopo anni di studi dedicati prevalentemente al diritto costituzionale, aveva iniziato ad occuparsi di diritto internazionale. Questo interesse è testimoniato sin dal 1924 da una serie di saggi e articoli dedicati alla questione renana e alla Società delle Nazioni ⁽¹⁰⁴⁾, ma la polemica

⁽¹⁰²⁾ H. KELSEN, *The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin*, in « American Journal of International Law », 39, 1945, p. 518.

⁽¹⁰³⁾ Schmitt aveva conseguito la *Habilitation* ed ottenuto il primo incarico di docenza nel 1916 presso l'Università di Strasburgo, città che dopo la guerra non era più tedesca. Dopo aver visto stroncare le proprie speranze di carriera accademica a causa della guerra, tra il 1919 ed il 1921 Schmitt fu costretto a ripiegare su un modesto incarico nella Handelshochschule di Monaco diretta da Moritz Julius Bonn. Ma nel 1921 aveva già ritrovato la via del successo professionale, soprattutto grazie agli scritti sul concetto di dittatura. Chiamato ad insegnare diritto pubblico a Greifswald nel 1921, l'anno successivo ottenne una cattedra a Bonn.

⁽¹⁰⁴⁾ Tra questi ricordo: *Die Wahlordnung für das Saargebiet vom 29 April 1920*, in « Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht », XXXIV, 1924, pp. 415-20; *Die Kernfrage des Völkerbundes*, in « Schmollers Jahrbuch », XLVIII, 1925, pp. 1-26 (parzialmente ripubblicato in *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1940); *Die Rheinlande als Objekt internationaler Politik*, lettura tenuta il 14 Aprile 1925 a Colonia, poi pubblicata nella serie « Flugschriften zum Rheinproblem », Folge 2, Heft 4, 1925 (ripubblicata parzialmente in *Positionen und Begriffe*, cit.); *Der Status quo und der Friede*, in « Hochland »,

con il sistema di Versailles e contro le istituzioni ginevrine ⁽¹⁰⁵⁾ non conoscerà battute di arresto per molto tempo, tanto che ancora nel 1940 Schmitt intitola una raccolta di saggi *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles*.

Quella del 1950, contenuta in *Der Nomos der Erde*, non è, però, solo l'ennesima serrata critica del sistema di Versailles e di Ginevra. Essa è ormai la critica al sistema di Dumbarton Oaks ⁽¹⁰⁶⁾ e al modello di Norimberga ⁽¹⁰⁷⁾. Mentre il mito di Vitoria e il mito di Grozio svolgevano la funzione di legittimare il nuovo diritto internazionale, il mito di Gentili e quello della « guerra in forma » — ma si potrebbe dire: il mito dello *jus publicum europaeum* — si caratterizza in senso opposto, come strumento di delegittimazione del 'diritto internazionale universale'. In *Der Nomos der Erde* Schmitt rinuncia sia a dare forma alla *Großräumtheorie* abbozzata negli anni Trenta, sia ad elaborare sistematicamente una *Nomostheorie*. La *pars costruens* è sacrificata alla *pars destruens*. Ma è proprio la dimensione critica del nomostoricismo a rendere ancora attuale la prospettiva schmittiana.

A distanza di più di mezzo secolo dalla sua pubblicazione, *Der*

Oktoberheft, 23, 1925, pp. 1-9 (ripubblicata in *Positionen und Begriffe*, cit.); *Völkerrechtliche Probleme in Rheingebiet*, relazione al convegno dell'Associazione dei docenti tedeschi di storia, tenutosi ad Heppenheim nell'ottobre del 1928, pubblicata poi in P. RÜHLMANN (a cura di), *Rheinische Schicksalsfragen. Eine Schriftenfolge*, Berlin 1929, pp. 76-89 (successivamente ripubblicata in *Positionen und Begriffe*, cit.); *Der Völkerbund und Europa*, in « Hochland », XXV, 1928, pp. 345-354 (ripubblicato in *Positionen und Begriffe*, cit.); *Die politische Lage der entmilitarisierten Rheinlande*, in « Abendland. Deutsche Monatshefte für europäische Kultur, Politik und Wirtschaft », V, 1929-30, 10, pp. 307-311.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr., ad esempio: *Sowjetunion und Genfer Völkerbund*, in « Völkerbund und Völkerrecht », I, 1934, pp. 263-268; *Sprengung der Locarno-Gemeinschaft durch Einschaltung der Sowjets*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », XLI, 1936, pp. 337-341; *Die siebente Wandlung des Genfer Völkerbundes*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », XLI, 1936, pp. 785-789 (ripubblicato in *Positionen und Begriffe*, cit.; trad. it. *La settima trasformazione della Società delle Nazioni*, in « Lo Stato », VII, pp. 385-390, ora in *L'unità del mondo e altri saggi*, Roma, Pellicani, 1994).

⁽¹⁰⁶⁾ La località nei pressi di Washington D.C. dove tra il 21 agosto e il 7 ottobre 1944 le grandi potenze alleate discussero il progetto di base per la Carta dell'ONU.

⁽¹⁰⁷⁾ Di 'modello di Norimberga' parla D. ZOLO in *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Bagdad*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

Nomos der Erde rimane uno strumento incomparabile di denuncia del pericolo che si annida nelle teorie pseudoirenicistiche ed universalistiche: la disumanizzazione del nemico in nome di una guerra giusta che pretende di promuovere *the welfare of mankind*, impedendo di fatto qualsiasi limitazione della guerra. La diagnosi di Schmitt ha colto nel segno. Le ‘nuove’ guerre sono sempre più spesso guerre di annientamento, che discriminano l’avversario in quanto responsabile di una guerra ingiusta. L’aggressore è definito criminale, *outlaw*, pirata. La guerra diviene quindi un crimine nel senso penalistico del termine, da una parte, e azione di polizia, dall’altra. E, come nota Schmitt, contro un *injustus hostis* qualsiasi mezzo è lecito: « La guerra diventa [...] mera azione a carattere punitivo [...]. Il nemico diventa semplicemente un criminale ed il passo successivo — vale a dire la privazione dell’avversario dei suoi diritti e la sua depredazione, ovvero la distruzione del concetto formale di nemico, che presupponeva ancora l’idea di *justus hostis* — si compie allora praticamente da sé »⁽¹⁰⁸⁾.

La guerra è ‘eliminata’, ma solo perché i nemici non si riconoscono più reciprocamente sul medesimo piano morale e giuridico⁽¹⁰⁹⁾. Già in *Der Begriff des Politischen* Schmitt aveva sostenuto che « l’umanità in quanto tale non può condurre nessuna guerra, poiché essa non ha nemici, quanto meno su questo pianeta »⁽¹¹⁰⁾. La guerra umanitaria trasforma il nemico in un mostro che non deve essere semplicemente sconfitto, ma che è necessario distruggere. Ogni guerra combattuta in nome dell’umanità è, in realtà, una guerra in cui un contendente cerca di appropriarsi di un concetto universale per potersi identificare con esso, a spese del nemico, del quale va cancellata la qualità di uomo e che deve essere dichiarato *hors-la-loi* e *hors-l’humanité*. Si tratta dunque di una guerra che deve essere portata fino all’estrema disumanità⁽¹¹¹⁾.

Der Nomos der Erde è il racconto nel quale Schmitt proietta nel passato i problemi e le ansie del suo tempo. Egli si serve di supporti

⁽¹⁰⁸⁾ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 136.

⁽¹⁰⁹⁾ Ivi, p. 138.

⁽¹¹⁰⁾ C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, trad. it. cit., p. 139.

⁽¹¹¹⁾ *Ibidem*.

simbolici ed elabora una propria mitologia per contrastare il nuovo diritto internazionale. Se dal punto di vista storiografico l'ipotesi di Schmitt è affascinante anche se non sempre persuasiva (caratterizzata com'è da abili omissioni e deformazioni), essa non ha comunque perso nulla della propria energia critica, tanto da essere un prezioso strumento di denuncia dell'umanitarismo bellico contemporaneo.

PAULO FERREIRA DA CUNHA

SUBSÍDIOS PARA UM ENSAIO
SOBRE O DIREITO CONTEMPORÂNEO (1)

I. Tudo seria reconfortantemente simples se pudéssemos verdadeiramente chamar ao Direito contemporâneo, sem mais e algo pomposamente, ‘direito pós-moderno’ (2). E proclamar o que afinal é, pelo menos ainda, uma utopia, como efectiva e vivente realidade. Porém, independentemente dos necessários cuidados com uma tal designação, em abstracto, todos sabemos que numa qualquer época

(1) O presente estudo retoma, actualiza, repensa e aprofunda anteriores tentativas de síntese, *v.g.* a Parte VI do Livro II do nosso *Tratado de (In) Justiza*, Lisboa, Quid Juris, 2008.

(2) E será que se deveria antes falar ora de uma ‘modernidade tardia’, ora de um ‘ultra-pós-moderno’? Cf., embora já acusando certa *patine* deste nosso tempo vertiginosamente acelerado, o nosso *Pensar o Direito*, II. *Da Modernidade à Postmodernidade*, Coimbra, Almedina, 1991. Mais recentemente, *v.g.*, Eduardo C. B. BITTAR, *O Direito na Pós-Modernidade*, Rio de Janeiro, Forense, 2005; Lúcio Antônio CHAMON JUNIO, *Teoria Geral do Direito Moderno. Por uma Reconstrução Crítico-Discursiva na Alta Modernidade*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007; Wayne MORRISON, *Jurisprudence: From the Greeks to Post-Modernism*, Londres, Cavendish, trad. port. de Jeferson Luiz Camargo, *Filosofia do Direito. Dos Gregos ao Pós-Modernismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2006, máx. p. 457 ss. Sobre Direito e Pós-modernidade, com abundante bibliografia, à época, já Paulo FERREIRA DA CUNHA, *Pensar o Direito*, II. *Da Modernidade à Postmodernidade*, Coimbra, Almedina, 1991. Aguda (ainda que decerto exagerada) é a visão que sobre o rótulo exprime Umberto ECO, *Postille a ‘Il Nome della Rosa’*, Fabbri, Bompiani, Sonzogno, trad. port. de Maria Luísa Rodrigues de Freitas, *Porquê ‘O Nome da Rosa’?*, Lisboa, Difel, s/d., p. 53 ss. Por outro lado, se fizermos começar a pós-modernidade na desconstrução nietzscheana, como um Luc FÉRRY, *Apprendre a vivre: Traité de philosophie à l’usage des jeunes generations*, 2006, trad. port. de Vera Lucia dos Reis, *Aprender a Viver. Filosofia para os Novos Tempos*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2007, p. 174 ss., haveremos também de concluir que ela se encontra já envelhecida e, podendo constituir, como o autor admite, uma das vias da contemporaneidade, talvez não seja a mais redentora ou útil... tempo nosso de vésperas, pois.

convivem diversos tempos, logo, diferentes formas de Direito ⁽³⁾. Parafrazeando, *mutatis mutandis*, Teilhard de Chardin: muitos dos nossos contemporâneos ainda não são (sequer) modernos. E o nosso tempo parece particularmente rico e variado na confluência e coexistência dissonante entre vários estratos. A realidade esconde em si diversas dimensões. E por vezes não se sabe qual é a vertente mais utópica: se uma faceta do real, se a efabulação de uma para-ou trans-realidade.

Começemos, pois, por um exercício de redução da complexidade: se um único traço houvéramos de decantar da multiplicidade caótica do Direito nos nossos dias (com toda a falibilidade que um tal procedimento obviamente acarretaria) quiçá não errássemos muito se nos atrevêssemos a afirmar que o Direito contemporâneo é a própria imagem da ‘pluralidade’, ou, noutros termos, da « impureza » jurídica ⁽⁴⁾. Na verdade, sob este rótulo de ‘juridicidade’, apresentando-se como ‘Direito’, nas suas várias desinências, convivem as mais díspares realidades, decerto normativas (por impositi-

⁽³⁾ Há resíduos e derivações, como diria Vilfredo PARETO, *Traité de Sociologie Générale*, com prefácio de Raymond Aron, Genève/Paris, Droz, 1968.

⁽⁴⁾ Duas visões da pureza: Hans KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 4ª ed. port., Arménio Amado, Coimbra, 1976 versus um Michel VILLEY, *Précis de Philosophie du Droit*, 2 vols., Dalloz, Paris, 1982, I vol., 3ª ed., 1984, II vol., 2ª ed., e um Juan Vallet de Goytisollo, *Metodologia Jurídica*, Civitas, Madrid, 1988; ID., *A Encruzilhada Metodológica Jurídica no Renascimento, a Reforma, a Contra - Reforma*, trad. portuguesa, Cosmos, Lisboa, 1993. Neste mesmo sentido interpretando globalmente o pensamento de Villey e aproximando-o de Martin Heidegger, Jean-Cassien BILLIER / Aglaé MARYIOLI — *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001, trad. port. de Maurício de Andrade, *História da Filosofia do Direito*, Barueri, São Paulo, Manole, 2005, p. 379 ss: « a modernidade seria um declínio, o último avatar da história de um esquecimento das origens » (p. 380). Longe de nós condenar a modernidade, pelo contrário. Contudo reconhecemos que, no tocante ao Direito, ela se afasta de algum modo do modelo inicial, o que produz um curto-circuito até metodológico. Ao paradigma subjectivista ainda vigente se espera se suceda um novo, a partir da ideia de direito social, humanístico, e com base nos direitos humanos. Um direito certamente altruísta e fraterno. Sabemos que não será nada fácil essa construção, e sobretudo a sua aceitação. Mas é um ideal e um desafio às novas gerações, conjuntamente com desafios políticos: porque o direito novo não poderá surgir sem uma nova política, como é óbvio. Um contributo político interessante, que retoma um título do poeta-filósofo Antero de Quental, é o de Fernando PEREIRA MARQUES, *Esboço de um Programa para os Trabalhos das Novas Gerações*, Porto, Campo das Letras, 2007.

vas e reguladoras, mas nem sequer como gerais e abstractas sempre todas, mas — desde logo, e não é coisa de pouca monta — umas justas e outras injustas⁽⁵⁾, de muito diferente qualidade técnica, provindas de diferente fonte num tempo de caótica normogênese, etc.

A tal complexidade múltimoda (ou a algo que com tal se relaciona) chamam certos autores também « pluralismo » jurídico⁽⁶⁾. Poderá ainda falar-se em « fragmentaridade »⁽⁷⁾. Há, porém, que proceder a uma selecção. Se o pluralismo de fontes sempre existiu⁽⁸⁾, embora mais ordenado desde o Iluminismo, mas depois quase asfíxiado na univocidade legalista pelo positivismo, já outros fenómenos assumem carácter próprio e mais epocalmente determinado.

Apesar do referido « pluralismo », as normas que fundamentalmente ainda pautam a nossa existência são do « direito do asfalto »⁽⁹⁾, provêm de sede estadual, ainda que mais mediatemente possam derivar de fonte supra-nacional ou inter-nacional (assim como algumas de sede infra-nacional ou estadual: regional, autárquica, etc.). Apesar de todas as teorias, não só os cidadãos, como a administração e os juízes devem ainda obediência antes de mais à lei. Assim como para nenhum cidadão a ignorância da lei pode es-

(5) Louis LE FUR, *Les caractères essentiels du Droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale*, « Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique », Paris, 1935, n.os 3-4, pp. 7 ss.

(6) Cfr., criticamente, Marie-Bénédicte DEMBOUR, *Le pluralisme juridique: une démarche parmi d'autres, et non plus innocente*, « Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques », n. 24, 1990, p. 43 ss. Mais recentemente, Antonio Carlos WOLKMER, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*, 3ª ed., São Paulo, Alfa-Omega, 2001. A fonte mais abundante é, obviamente, a publicação holandesa, de Groningen, « Journal of Legal Pluralism ».

(7) José Francisco DE FARIA COSTA, *O Direito, a Fragmentaridade e o nosso Tempo*, Porto, s/e, 1993.

(8) Paulo DOURADO DE GUSMÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 15ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1992, p. 225. Cfr., no plano histórico-jurídico, já, v.g., Paulo FERREIRA DA CUNHA, *Para uma História Constitucional do Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 165 ss.

(9) A expressão foi sobretudo celebrizada pelo estudo de Boaventura de SOUSA SANTOS, *O Discurso e o Poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, separata do « Boletim da Faculdade de Direito », Coimbra, 1980.

cusar, o que porém já hodiernamente se qualificaria de imoral ou escandaloso ⁽¹⁰⁾. E apesar de todas as policracias, a lei continua a ser, em grande medida, produto estadual na sua decisão final, por acção ou omissão. Contudo, não por acaso os judicialistas moderam um possível entusiasmo face à legalidade. Na medida em que, no limite, as normas se submetem ao crivo da apreciação da sua constitucionalidade, e quem o faz é um tribunal, então seria o judicial e não o legislativo, seria o juiz e não a lei a pedra angular de todo o direito — o que já fora intuído em 1717 por William Hoadly ⁽¹¹⁾. E contudo — questão do ovo e da galinha — é ainda com base numa lei (ou será antes num conjunto de princípios, numa ideia de Direito, ou até num Direito Natural, constitucionalmente recebidos ou transpostos?), a Constituição — em que hoje em dia avulta a nota caracterizadora essencial da supremacia sobre toda a ordem jurídica —, que o juiz tem de apreciar as demais normas.

Perante a complexidade, a tendência acaba muito por ser o agarrar-se às leis. Tudo isto modera muito as miragens (generosas as mais das vezes, mas por vezes irrealistas) e muito reitera o positivismo (quase sempre nada generoso). Mas é, convenhamos, também algo empobrecedor.

Não tenhamos ilusões. O mundo do direito dito ‘alternativo’ tem sido sobretudo uma realidade paralela, um universo fantástico em que se movem bem intencionados, ideólogos, e utopistas. Ler as revistas da especialidade, ouvir um ou outro jurista com audiência dos *media*, um ou outro político (ou até governante: o que é contudo raro) inspirado pelas novas ideias é muito diferente de viver as realidades dos tribunais, e sobretudo dos agentes aplicadores do Direito no quotidiano ⁽¹²⁾. Muito pouco uma coisa tem a ver com a outra. Por isso é que muitos dos actores jurídicos da prática se riem destas inovações, e, ‘pior’ ainda, nem sequer as conhecem, porque não prestam atenção a este tipo de coisas, vivendo absorvi-

⁽¹⁰⁾ Michel BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, Paris, PUF, 1990.

⁽¹¹⁾ Cf., *v.g.*, POLLAK, LOUIS H., *The Making of Law: Hierarchies of Courts and Hierarchies of Values*, « Proceedings of the American Philosophical Society » Vol. 129, n. 1 (Março de 1985), p. 82.

⁽¹²⁾ Para o Brasil, *v.g.*, Roberto Kant DE LIMA, *Ensaios de Antropologia e de Direito*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, máx. p. 223 ss.

dos pelas causas concretas. E tem de reconhecer-se que esta sobrançeria dos práticos, às vezes chocante de tão pouco « culta », acaba por ser uma (tímida, tibia...) resposta do bom senso a muitas fantasias. E o Direito é domínio em que estas, sem dúvida existindo e não pouco, têm todavia sempre de se submeter ao concreto, ao palpável, ao equilibrado, ao provado, ao razoável. E contudo, o direito bem comportado tem muito a ganhar com a sua subversão por estas correntes, que abrem o sol na humidade penumbrosa do cárcere da razão jurídica, e, pior ainda, da realidade do Direito.

Aparentemente, nada de novo sob o sol. Ou melhor: o que, pois, fundamentalmente mudou foi a permeabilidade do poder e do legislador aos ventos sociais envolventes, numa primeira fase, para depois os poderes passarem a ceder, fundamentalmente, à agenda da globalização e do neo-liberalismo, apesar de roupagens muito diversas e diferentes discursos. O que significa que, se primeiro o poder em boa medida deixou de conduzir a sociedade para por ela (pelos seus instáveis e caprichosos equilíbrios; mas também pelos seus justos anseios e legítimas reivindicações) passar a ser conduzido, depois em grande medida encetou uma fase de autismo e de mútuo entendimento entre situação e contestação (parasitismo recíproco, como afirma Zizek): o poder afirma e as oposições, mesmo muito 'alternativas', contestam. Ponto. E nada mais se passa. Tal situação continua por toda a parte a cifrar-se em inflação legislativa para apagar fogos de problemas concretos, tanto mais que a incultura jurídica dominante ao nível médio enquistou no axioma de que tudo se resolveria através de leis, e leis novas, mais adequadas à « realidade »⁽¹³⁾ — típica manifestação de crença na magia jurísta, de sabor utopisante, decorrente da privação axiológica e normativa *supra* aludida.

Este procedimento tem vindo a revelar-se muito problemático, sobretudo naqueles casos em que a opinião pública (ou « a opinião

(13) C. Atiase D. LINOTTE, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, in *Recueil Dalloz*, 1977, cr. XXXIV; Jean CARBONNIER, *Fléxible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6^a ed., LGDJ, Paris, 1988; Antonio PEDRALS *et alii*, *Desajustes entre Norma y Realidad*, Eduval, Valparaíso, 1988; Nicos POULANTZAS, *Nature des choses et droit, essai sur une dialectique du fait et de la valeur*, LGDJ, Paris, 1965; Miguel REALE, *Filosofia do Direito*, 13^a ed., Saraiva, São Paulo, 1990.

que se publica ») mais parece clamar por leis « para acompanhar o progresso » — novas tecnologias, biodireito, sociedade da informação, sociedade do risco, ambiente, etc. Porque normalmente o legislador, pressionado pela urgência da rua e aconselhado de viés por grupos de pressão activistas e parte interessada, poderia consagrar ou soluções demagógicas e nada consensuais, ou meras generalidades sem aplicação prática, em que dificilmente se vislumbria a dimensão jurídica irrecusável da *actio* (14). Periga seriamente no seu prestígio e legitimidade um poder que ceda à rua, e só escute os seus argumentos, apenas agindo quando por ela compelido. Boa parte do fenómeno reivindicativo, sindical e eleitoral contemporâneo do já século passado (XX), apostava nestas estratégias massivas, esquecendo que a justiça é dar a cada um o que é seu, e que este *um* é um concreto cidadão, e não um mero número ou abstracção. Mas, em contrapartida, pior ainda se revelaria um poder autista, pretensamente iluminado, em que se seguisse um caminho de forma rígida, dogmática, sem qualquer atenção às pessoas em concreto, aos seus efectivos direitos, e às suas legítimas, e até simplesmente às suas compreensíveis aspirações. O resultado desse divórcio do poder com o povo é a transformação do poder em simples classe política. Mas não se tem dito que, por outro lado, o abismo entre governantes e governados importa também em falta de educação política, cívica, republicana, do povo, por demissão estadual e até das forças políticas da sociedade civil (ou que deveriam sê-lo), como os partidos? Tal acaba por desembocar numa plebeização e barbarização do povo, que cada vez menos poderá dialogar com os políticos, até porque passando a reagir de forma menos racional: vejam-se as contestações gratuitas de vandalismo, por exemplo em França. Já não é a cidadania que protesta. É o grito (naturalmente inarticulado, desesperado) do excluído.

Entre um direito que cede à massa e um direito que a oprime ou, no mínimo, a ignora nos seus anseios (e a compreende apenas

(14) V. José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Grupos de Interesse, Pluralismo e Unidade Política*, supl. do « Boletim da Faculdade de Direito », XX, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1973; António BARBOSA DE MELO, *Introdução às formas de concertação social*, in « Boletim da Faculdade de Direito », LIX, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1983.

como votante ou agente protesto), tem de haver um equilíbrio, que descubra os interesses gerais bem entendidos, e que saiba afirmar-se explicando a justiça do que valha. Uma das dimensões jurídico-políticas que ganhou contemporaneamente uma enorme acuidade foi precisamente a da legitimidade e da legitimação das acções jurídicas do poder. E nesta matéria têm estado na ordem do dia fórmulas de legitimação com uma dimensão retórica e comunicacional: legitimação pelo procedimento, pelo consenso, pelo discurso; e democracia deliberativa ⁽¹⁵⁾.

(15) John RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, trad. bras. de *Uma teoria da Justiça*, Brasília, Edições da Universidade de Brasília, Introdução e tradução de Vamireh Chacon, 1981; ID., *et alii*, *Liberty, Equality and Law. Selected Tanner Lectures on Moral Philosophy*, Cambridge, The Press Syndicate of the University of Cambridge (S. M. McMurrin, ed.), 1987, trad. cast. *Libertad, Igualdad y Derecho*, trad. cast., Barcelona, Ariel, 1988; Jürgen HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 3^a ed., Frankfurt, Suhrkamp, 1993; ID., *A Nova Opacidade: a crise do Estado-Providência e o esgotamento das energias utópicas*, in « Revista de Comunicação e Linguagens », 2, Dezembro 1985, p. 115 ss.; ID., *Theorie des kommunikativen Handels*, 3^a ed., Frankfurt, Suhrkamp, 1985 (1^a ed. 1981); ID., *O Discurso Filosófico da Modernidade*, trad. port., Lisboa, Dom Quixote, 1990; ID., *Técnica e Ciência como 'Ideologia'*, trad. port., Lx., edições 70, 1987; ID., *Der Universalitätsanspruch der Hermeneutik*, Frankfurt, Suhrkamp, 1971; ID., *Erkenntnis und Interesse*, 1965 (*Connaissance et intérêt*, trad. fr., Paris, Gallimard, 1976); ID., *La reconstrucción del materialismo histórico*, trad. cast., Madrid, Taurus, 1981; ID., *Téorie et pratique*, trad. fr., Paris, Payot, 1975, 2 vols.; ID., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 3^a ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993 (1^a 1992); ID., *La necesidad de revisión de la izquierda*, trad. cast., Madrid, Tecnos, 1991; ID., *Mudança estrutural da esfera pública*, trad. bras., Rio de Janeiro, Tempo brasileiro, 1984; ID., *Profils Philosophiques et Politiques*, trad. fr., nova ed., Paris, Gallimard, 1990; ID., *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1971; ID., *Theorie des kommunikativen Handels*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981, 3^a ed., 1985 (trad. fr. de Jean-Marc Ferry, *Téorie de l'agir communicationnel*, I. *Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, Paris, Fayard, 1987); ID., *Was heisst Universal pragmatik*, in K. O. APEL (ed.), *Sprachpragmatik und Philosophie*, trad. ingl., J. HABERMAS, *Communication and the evolution of society*, Londres, 1979; Niklas LUHMANN, *A improbabilidade da Comunicação*, trad. port. com selecção e apresentação de João Pissarra, Lisboa, Vega, 1992; ID., *Développements récents en théorie des systèmes*, in Gérard DUPRAT (dir.), *Connaissance du Politique*, Paris, PUF, 1990; ID., *Legitimation durch Verfäbren*, 2^a ed., Neuwid, 1975 (trad. bras.: *Legitimação pelo procedimento*, Brasília, Ed. Univ. Brasília, 1980); ID., *Rechtssoziologie*, Reinbek, Rowolt, 1972, 2 vols (*Sociologia do Direito*, trad. bras. de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983 e 1985, 2 vols.); ID., *'A minha ambição é descritiva*,

A verdade é que, sendo todas muito formais, não podem aspirar a uma legitimação profunda, valorativa: dessas que plenamente enchem as medidas e nos deixam pacificados e seguros na certeza da naturalidade das razões — sentimento que já exaltara um Montesquieu. Mas sem o uso ao menos de tais instrumentos procedimentais, consensualistas, discursivos ou afins, sem dúvida que nenhuma recta razão, por mais justa e inspirada, conseguirá hoje em dia manter-se e justificar-se. Estamos em tempo de os sábios descerem das suas torres de marfim e de se explicarem, mais: de serem julgados (embora eles próprios possam julgar os seus julgadores). Muito provavelmente alguns demagogos conseguirão fazer-se passar por sábios, mas também muitas pretensas luminárias deixarão cair a sua viseira que é máscara, e se compreenderá o que se encontrava por detrás do manipanço do Feiticeiro de Oz ⁽¹⁶⁾. A velha escolástica medieval, no seu zénite, nos sirva de exemplo — quem quiser mostrar que sabe, tem de descer ao terreiro da discussão, e terçar armas mesmo com o mais novo dos caloiros, mesmo até com um ‘profano’, um não-académico ⁽¹⁷⁾.

Tudo isto é muito importante para nós, juristas. E nos recorda as nossas hoje tantas vezes olvidadas tradições. É preocupante como somos hoje desprezados e até humilhados por muitos ricos, poderosos, burocratas e outros ignorantes. E mais triste ainda como não ripostamos as mais das vezes.

O jurista continua, como no mais genuíno legalismo, fiel cum-

não é moralista’, entrevista a « Risco » (conduzida por José Lamego), n. 5, Primavera 1987, p. 43 ss.; Niklas LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1997; e, comentando, v.g., Jean-Marc FERRY, *Habermas. L’Etique de la communication*, Paris, PUF, 1987; Anthony GIDDENS *et alii*, *Habermas y la Modernidad*, 2ª ed., Madrid, Cátedra, 1991; Ignacio IZUZQUIZA, *La Sociedad sin Hombres. Niklas Luhmann o la Teoría como escándalo*, Barcelona, Anthropos, 1990; José LAMEGO, *A sociedade sem ‘centro’: instituições e governabilidade em Niklas Luhmann*, in « Risco », n. 5, Primavera 1987, p. 29 ss.; Paulo FERREIRA DA CUNHA, *Constituição, Direito e Utopia. Do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas*, Coimbra, ‘Studia Iuridica’, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 1996; Idem, *Direito Constitucional Anotado*, Lisboa, Quid juris, 2008, p. 159 ss.

⁽¹⁶⁾ *The Wizard of Oz*, Victor Fleming, USA, 1939.

⁽¹⁷⁾ Cf., v.g., Paulo FERREIRA DA CUNHA, *Filosofia do Direito*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 474 ss.

pridor de ditames alheios, chegando os menos afoitos a temer interpretar segundo os próprios padrões legalmente consagrados. Fruto da bruma dos tempos, em que a segurança se torna no principal valor (18). E além da segurança simples, a partir do fatídico 11 de Setembro passamos a um securitarismo (19) que desafia as teorias tradicionais dos direitos, quer dos cidadãos, quer dos chamados ‘inimigos’. Situação que parece estar a gerar um novo Direito Penal (ou seu substituto), com repercussões (por absurdo que pareça) no Direito Constitucional (20).

Evidentemente que a falta de autonomia e desenvoltura de um jurista acabará por redundar, por cautela (e não por *prudencia*) (21), na prática estrita do formulário, trilhando apenas caminhos seguros (suvis, dependentes, timoratos ou tíbios, na verdade) (22), ou, pelo

(18) Sobre segurança e valores, cf. especialmente José Fabio Rodrigues MACIEL, *Teoria Geral do Direito. Segurança, Valor, Hermenêutica, Princípios, Sistema*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 17 ss. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y Seguridad Jurídica en un Mundo de Leyes Desbocadas*, reimp., Madrid, Civitas, 2000; Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *La Seguridad Jurídica*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1994; José Luis PALMA FERNÁNDEZ, *La Seguridad Jurídica ante la Abundancia de Normas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. Ver, finalmente, LACERDA, *Direito Adquirido*, Belo Horizonte, Del Rey, 1999; Luís Roberto BARROSO, Belizário Antônio de *Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social*, in « Revista Brasileira de Direito Público », Belo Horizonte, Editora Fórum, ano 3, n. 9, Abril / Junho 2005, p. 9 ss.

(19) Cf. José CALVO GONZÁLEZ (coord.), *Libertad y Seguridad. La Fragilidad de los Derechos*, Málaga, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 2006. Por todos, cf. Thiago BOTTINO DO AMARAL, *Direito de Segurança: Segurança do Estado versus Segurança do Cidadão*, in *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*, coord. de José Ribas Vieira, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 109 ss. (há outros estudos na mesma coletânea).

(20) Günther FRANKENBERG, *Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung*, Francoforte, Suhrkamp, 2003, trad. port. de Elisete Antoniuk, *A Gramática da Constituição e o Direito*, Apresentação de Luiz Moreira, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 3 ss.

(21) Jean LAUAND, *Prudentia, virtude intelectual: ‘lições de vida’*, « Notandum », Ano VIII, n. 12, 2005, p. 37 ss. Classicamente, Tomás de AQUINO, *A Prudência. A Virtude da Decisão certa*, trad., pref. e org. de Jean Lauand, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

(22) Cf., v.g., F. FERNÁNDEZ CARVAJAL, *A Tibieza*, trad. port. de Marta Mendonça, Lisboa, Rei dos Livros/Prumo, 1990.

menos, já anteriormente percorridos ⁽²³⁾. Decerto que este minimalismo não será alheio a um certo mal-estar que por vezes parece sentir-se entre vários profissionais do foro, perdida que está uma comunhão de espírito primordial.

No pólo oposto, é característica do nosso tempo um maximalismo sobretudo doutrinal, mas que por vezes logra ganho de causa ao nível legislativo, fruto sobretudo da paixão de *épater le bourgeois*, ou animada do desejo pessoal de fazer escola ou deixar nome: e começa a perder-se o bom senso ⁽²⁴⁾. Nomeadamente com um proibicionismo tecnocrático fundamentalista: que vai do fumo aos produtos de restauração tradicionais, que não estejam padronizados... para não falar nos casos anedóticos de proibição de saída de homens à noite num determinado dia da semana, de que se contam anedotas sobre loiras, ou de que os pássaros cantem a partir de certa hora.

Seja como for, a pulverização de preocupações desembocou, ao nível científico (ou, de todo o modo, ao nível da comunidade de opinião universitária) em algumas formas de hibridação, multidisciplinaridade e criação *ex novo* de revistas, cátedras, centros e institutos de investigação com os seus cultores próprios, sacerdotes e vestais de novos fogos sagrados. O que é, em geral, uma mais-valia importante, quanto mais não fosse pelo pluralismo doutrinal que instala. E o pluralismo acaba com as ditaduras de *cappo di scuola* e sobretudo de poder burocrático, as quais, de sacrossantas e intocáveis, se tornam ridiculíssimas... Aliás, como um dia nos ensinou um prestigiado professor jubilado, os professores normais (e poucos são os génios e nem sempre são esses os bafejados pela fama) deve-

⁽²³⁾ Cfr. Louis FISCHER, *Constitutional Dialogues, Interpretation as Political Process*, Princeton, New Jersey, 1988; John GRIFFITH, *Judicial Politics Since 1920*, Blackwell, Oxford, 1993; W. J. T. MITCHELL (org.), *The Politics of Interpretation*, Chicago University Press, Chicago, 1983.

⁽²⁴⁾ Cfr. este passo da muito impressionante obra póstuma de Michel VILLEY, *Réflexions sur la Philosophie et le Droit. Les Carnets*, cit., p. 29 (af. I, 102): « *Remota philosophia, en dehors de la philosophie, toute la vie intellectuelle, la puissante corporation des savants et des professeurs n'est donc que l'armée du mensonge. Toute leur œuvre est de développer des principes faux [...]. Mieux vaut la pratique [...]. Mais nos intellectuels avides de fausse nouveauté, de faux succès, pillent n'importe quelle expérience particulière pour en faire de nouveaux principes; ils font bois de tout* ».

riam lembrar-se que a sua vida é de 5 anos após a sua jubilação: o tempo de já nenhum estudante da sua Faculdade ter tido aulas consigo. Com Bolonha o prazo de validade diminuirá, certamente. *Sic transit...*

Uma das grandes vantagens da explosão epistémica, da ruptura epistemológica operada no Direito, foi o florescimento de novos campos e ramos, que, todos, contribuem em conjunto para muito maior riqueza e profundidade das análises que doravante poderemos empreender. Estudos jurídicos críticos ⁽²⁵⁾, depois evoluindo para o movimento do *legal story telling* ⁽²⁶⁾, análise literária do direito (Direito *na* Literatura, Direito *como* Literatura, Direito *da* Literatura e Direito *com* Literatura) ⁽²⁷⁾, começando a abrir-se uma especialidade notável de Literatura e Constituição ⁽²⁸⁾, análise eco-

⁽²⁵⁾ Costas DOUZINAS, Adam GEAREY, *Critical Jurisprudence. The Political Philosophy of Justice*, Oxford - Portland Oregon, Hart, 2005; Ian WARD, *Introduction to Critical Legal Theory*, 2ª ed., Milton Park / Nova Iorque, Routledge-Cavendish, 2004, máx. p. 155 ss.

Sobre os *critical legal studies*, cfr. ainda as publicações *Law and Critique* (inglesa), *Doxa* (espanhola), etc.

⁽²⁶⁾ Cf., v.g., Daniel A FARBER / Suzanna SHERRY, *Legal Storytelling and Constitutional Law. The Medium and the Message*, in *Law Stories. Narrative and Rhetoric in the Law*, ed. por Peter BROOKS / Paul GEWIRTZ, New Haven e Londres, Yale University Press, 1996. E Paulo FERREIRA DA CUNHA, *Filosofia do Direito*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 574 ss. En geral, v. Christian SALMON, *Storytelling, la machine à fabriquer des histoires et à formater les esprits*, Paris, La Découverte, 2007.

⁽²⁷⁾ Peter GOODRICH, *Reading the Law*, Basil Blackwell, Oxford, 1986; Anna PINTORE, « Law and hipocrisy », in *IJSL*, IV, 11, 1991, pp. 191 ss.; Ian WARD, *Law and Literature*, in « Law and Critique », IV, 1, 1993; R. WEISBERG, *Comparative Law in Comparative Literature: the figure of the 'Examining Magistrate' in Dostoevski and Camus*, in « Rutgers Law Review », n. 29, 1986, pp. 237 ss.; ID., *Coming of age some more: 'Law and Literature' beyond the Cradle*, in « Nova Law Review », n. 13, 1988; ID., *Text into Theory: a literary approach to the Constitution*, in « Georgia Law Review », n. 20, 1986, pp. 939 ss.; ID., *The Law - Literature Enterprise*, in « Yale Journal of Law and Humanities », n. 1, 1988, pp. 1 ss.; James Boyd WHYTE, *Law as Language: Reading Law and Reading Literature*, in « Texas Law Review », n. 60, 1982; ID., *The Legal Imagination: studies in the nature of legal thought and expression*, Little Brown, Boston, 1973; e a publicação *Cardozo Studies in Law and Literature*, USA.

⁽²⁸⁾ Germano SCHWARZ, *A Constituição, a Literatura e o Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006; Patrick HANEFIN, *Constituting Identity*, Aldershot et al., Ashgate / Dartmouth, 2001.

nómica do direito ⁽²⁹⁾, filosofia do direito feminista ⁽³⁰⁾, estudos sobre « direito e sociedade » ⁽³¹⁾, *postmodern jurisprudence* (estudos jurídicos pós-modernos) ⁽³²⁾, etc. são várias frentes em que o hierático edifício do Direito tradicional está a ser sistemática e impiedosamente demolido ⁽³³⁾. Arrisca-se a que (no estrito plano teórico meta-jurídico) não reste pedra sobre pedra ⁽³⁴⁾. Numa palavra, *desconstrução*, não apenas desmontadora da engrenagem no plano teórico, da análise e da crítica, mas a um grande nível também no plano prático, da desistência ou desactivação das tradicionais instâncias de produção e aplicação do Direito.

Um sentido diverso, e muito mais consensual (salvo sectores hiper-especializados e algumas questões de « espaço vital » epistemológico) é o assumido pela explosão de novos ramos de Direito, que poderíamos considerar já ⁽³⁵⁾ como sendo, *v.g.*, os direitos parlamentar, eleitoral, financeiro, judiciário, contravencional (ou de mera ordenação social), penitenciário, aeronáutico, turístico, econó-

⁽²⁹⁾ Ronald H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in « Journal of Law & Economics », 3, 1960; CALABRESI, *The Costs of Accidents: a legal and economic analysis*, New Haven - London, 1970; R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 22 ed., Boston - Toronto, 1977; ID., *Tort Law: cases and economic analysis*, 1982. Cfr. a revista *Sub Judice*, n. 2.

⁽³⁰⁾ Sobre a *feminist jurisprudence* e os *feminist legal studies*, cfr. Catherine MACKINONN, *Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, S, vol. 8, 4, 1983; ID., *Feminism Unmodified*, Mass, Cambridge, 1987; Juliet MITCHELL, *Woman's Estate*, Harmondsworth, 1971; Virgínia FERREIRA, *O Feminismo na Pós-modernidade*, in « Revista Crítica de Ciências Sociais », 24, 1988. Em geral, T. Stang DAHL, *O Direito das Mulheres*, trad. portuguesa, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993.

⁽³¹⁾ Cujo mais brilhante e esclarecido entusiasta será sem dúvida André-Jean Arnaud. Cfr. a revista « Droit et Société. Revue Internationale de Droit et de Sociologie Juridique ».

⁽³²⁾ Boaventura DE SOUSA SANTOS, *Towards a postmodern understanding of Law*, in Oñati *Proceedings*, I; ID., *Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegómenos a uma concepção pós-moderna do Direito*, in « Revista Crítica de Ciências Sociais », 24, 1988, etc.; Costas DOUZINAS / Ronnie WARRINGTON (colab. de Shaun Mc Veigh), *Postmodern Jurisprudence. The law of text in the texts of law*, Routledge, London - New York, 1991.

⁽³³⁾ Dragan MILOVANOVIC, *Postmodern Law and Disorder*, Liverpool, 1992.

⁽³⁴⁾ Virginia BLACK, *A Way out of the realistic indeterminacy morass*, in « University of California. Davis Law Review », vol. 28, 3, 1993.

⁽³⁵⁾ Baseado em Paulo DOURADO DE GUSMÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 15ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1992.

mico, da saúde, da segurança social, sindical, social, profissional (não laboral ou do trabalho, mas como uma espécie de novo direito corporativo *improprio sensu*), industrial, alimentar, nuclear, informático, médico etc. Para além dos já menos novos direitos autonomizados mais rigorosamente a partir do Direito administrativo, e cultivados sobretudo por administrativistas: urbanismo, património, ambiente, etc. Estes fenómenos não são novos — e alguns espíritos, mais avançados, estranharão que se tenham alguns ramos por novidade. A questão, porém, é a da plena consumação científica do corte epistemológico que leva da plena autonomização a uma como que entronização ao lado de ramos mais tradicionais.

A par das novidades mais ideológicas, persiste o continente europeu o seu caminho, muito enriquecido nas últimas décadas. Mas tal legado não se queda pela Europa, conhecendo propagação universal, mormente na América Latina. Embora aqui também se façam sentir várias correntes adversas. Por exemplo: de um lado ainda uma forma de positivismo jurídico, com a presença da filosofia jurídica analítica em Buenos Aires; de outro, o do uso alternativo do Direito, em alguns círculos, no Brasil, com apreciável cunho “pós-moderno”⁽³⁶⁾, e de outro ainda, uma velha tradição ‘escolástica’ de um jusnaturalismo titularista, professando por vezes um ‘tomismo’ excessivamente ‘-ismo’, e não raro arrimo teórico de posições política e socialmente hiper-traditionalistas⁽³⁷⁾. Para além dessas orientações, outras ainda...

Remetido que está o juspositivismo puro e duro (salvo, pois, versões lógicas e linguísticas, ou sociológicas) para o seu envergonhado limbo da casuística, apenas certos complexos de inferioridade propiciam alguns fenómenos de mimetismo face a modas exógenas. São já raros os particularismos nacionalistas, como algum kelsenia-

(36) Cfr., *v.g.*, Carlos SANTIAGO NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*, 1ª ed. esp., Ariel, Barcelona, 1983; Eliane Botelho JUNQUEIRA, *O Alternativo Regado a Vinho e a Cachaça*, in « Direito, Estado e Sociedade », Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, n. 3, 1993.

(37) Sobre essas abordagens, cf. Paulo FERREIRA DA CUNHA, *O Ponto de Arquimedes. Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 115 ss.; Id., *Teoria da Constituição*. Vol. II. *Direitos Humanos. Direitos Fundamentais*, Lisboa / São Paulo, 2000, p. 140 ss. *Et passim*.

nismo austríaco, ou o realismo escandinavo⁽³⁸⁾, assim como certos aparentemente estranhos microclimas, como a presença de alguns analíticos em Itália, que alguns se perguntarão como enquadrar na linha evolutiva geral da jusfilosofia daquele país⁽³⁹⁾. Duas correntes do pensamento jurídico dominam, assim, a cena teórica euro-latino-americana, pela sua simultânea fidelidade à genuinidade do Direito e abertura desenvolta para novos desafios.

É, por um lado, sobretudo no sul, a tradição do Direito Natural, predominantemente de raiz clássica e realista, com correntes que prestam a maior atenção à Pessoa e à Justiça e à Coisa devida (o *ius suum*), embora cada qual pareça enfatizar mais um ou outro dos elementos desta tríade. Trata-se, portanto, em regra, de um jusnaturalismo de inspiração aristotélico-tomista e romanista⁽⁴⁰⁾; embora cresça a influência de um jusnaturalismo racionalista ou neoracionalista ou neoracionalista⁽⁴¹⁾, a por, porém, de certas políticas e mentalidades influentes *pré-iluministas*.

Contudo, a quela dicotomia terá certamente de re-ponderar-se. Porque aparecem historicamente alguns argumentos para considerar mais uma continuidade do que verdadeira ruptura, e porque

(38) Cf., desde logo, ó clásico Karl OLIVECRONA, *Law as Fact*, 2ª ed., London, 1971.

(39) Guido FASSÒ, *La Filosofia del Diritto dell'Ottocento e del Novecento*, nova ed., Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 407 ss.

(40) V., v.g., a obra dos juristas europeus Villey, Cotta, Hervada, Darbellay, D'Agostino, Possenti, Puy, Ellul, Serna, Gómez Pérez, do jurista e filósofo Leclercq, e dos filósofos Maritain e Graneris, dos juristas hispano-americanos Massini, Guzmán Brito, García Huidobro, Rabbi-Baldi, Hoyos-Castañeda, dos brasileiros Ferreira da Costa e Juarez Freitas, do egípcio El-Shakankiri, ou do japonês Mizunami, etc. Consultar as respectivas sínteses: J. CHARMONT, *La renaissance du droit naturel*, 2ª ed., Duchemin, Paris, 1927; Walter OTT, *Why legal positivism cannot be proved to be true*, in « Vera Lex », XII, 2, 1991, pp. 19 ss.; Arthur KAUFMANN, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen 1957; Jean-Pierre SCHOUPE, *Le réalisme juridique*, Story-Scientia, Bruxelles, 1987; Richard TUCK, *Natural Rights Theories. Their origin and development*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979; Erik WOLF, *El Problema del Derecho Natural*, trad. castelhana, Ariel, Barcelona, 1960. Cfr. ainda o monumental D. MAYER-MALY / P.M. SIMONS (ed.), *Das Naturrechtsdenken heute und morgen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983.

(41) Sobre a dicotomia, a obra fundadora de Léo STRAUSS, *Natural Right and History*, trad. francesa *Droit Naturel et Histoire*, Flammarion, Paris, 1986.

outras divisões começam a poder encontrar-se, no estudo mais microscópico do jusnaturalismo que se reivindica do legado clássico: designadamente no plano de uma divisão a partir do problema do titularismo, pelo qual muitos jusnaturalistas se aproximam dos positivistas legalistas. As diferenças entre uns e outros, por vezes, parecem ser sobretudo retóricas e de *entourage* histórica e ideológica.

Não pode deixar de assinalar-se que a questão do Direito Natural tem vindo a ser cada vez mais substituída pelo problema da Justiça. São, em grande medida, duas formas de ver o mesmo problema. Mas as análises são contextuais. Do mesmo modo, a abordagem pela banda das virtudes ou dos valores... ou simplesmente dos princípios ou das normas.

É é, por outro lado, especialmente no Norte da Europa, o conjunto de preocupações que radicam na estrutura metodológica própria do Direito, o seu carácter dialéctico, e que assim se desenvolvem pela Tópica e pela Retórica jurídicas⁽⁴²⁾. E outras vias vão sendo percorridas, com ramificações, cruzamentos, intersecções⁽⁴³⁾.

(42) R. ALEXY, *Theorie der Juristischen Argumentation*, Frankfurt, 1978; Chaïm PERELMAN (colab. L. Olbrechts-Tyteca), *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 4ª ed., Univ. Bruxelles, Bruxelles, 1983; ID., *Ethique et Droit*, Ed. Univ. Bruxelles, Bruxelles, 1990; ID., *L'usage et l'abus des notions confuses*, in « Logique et analyse », n. 81, mars 1978; ID., *Império Retórico. Retórica e Argumentação*, trad. portuguesa de Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio, Asa, Porto, 1993; ID., *Logique Juridique, Nouvelle Rhétorique*, Dalloz, Paris, 1976; Theodor VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, Munique, C. H. Beck, 1974, ed. castelhana *Tópica y Jurisprudencia*, 1ª reimp., Tauros, Madrid, 1986; Wolfgang VON GAST, *Juristische Rhetorik*, 2ª ed., Decker, Heidelberg, 1992, e de algum modo Baptista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, reimp., Almedina, Coimbra, 1985 e Francisco PUY, *Tópica Jurídica*, México, Parruá, 2006 2ª ed. (1ª, Santiago de Compostela, 1984). Uma primeira síntese in Peter DEGADT, *Littératures Contemporaines sur la Topique Juridique*, Paris, 1981. Cf., mais recentemente, João Maurício ADEODATO, *Ética e Retórica. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*, 3ª ed., revista e ampliada, São Paulo, Saraiva, 2007; Maria Luísa MALATO / Paulo FERREIRA DA CUNHA, *Manual de Retórica e Direito*, Lisboa, Quid Juris, 2007.

(43) Refira-se, por exemplo, a presença na Europa de um neojusnaturalismo não tipicamente jurracionalista (e partindo de inspirações diversas, pelo que não constitui corrente autónoma) detectável já em Radbruch, Welzel, Maihofer, Messner, Del Vecchio, Olgiati, Truyol y Serra, Elíasde Tejada, Legaz y Lacambra, etc. Não se trata de escolas rígidas, mas de orientações que, por vezes, se hibridizam, mas sobretudo conseguem

Muitos contributos importantes para o pensamento jurídico geral (e nalguns casos mesmo filosófico) têm vindo a surgir de nomes que se notabilizariam sobretudo noutras áreas. Parece, efectivamente, que algumas delas estão até particularmente vocacionadas para a função de « filosofia prática » ou « prática da filosofia ». Tal é tradicional dizer-se para o direito penal, e vai sendo com justeza também cada vez mais afirmado para o direito constitucional. O neoconstitucionalismo é uma forma filosófica de teoria constitucional.

Na área filosófico-metodológica (lugar natural da problematização geral ⁽⁴⁴⁾ embora também haja ramos para tal mais vocacionados) demos connosco a enumerar uma lista que de longe ultrapassava duas dúzias de grandes autores. Se nesse domínio, de algum modo de si algo rarefeito, assim sucedia, parecia provada a impossibilidade de apresentar uma resenha que evidenciasse, como o mereceriam, os nomes das principais figuras, sequer europeias, em cada um dos ramos. Optámos assim pelo silêncio, não ingrato mas simplesmente prático ⁽⁴⁵⁾.

dialogar (tendo sido de notar, a seu tempo, os particularmente fecundos diálogos Villey/Perelman; Hervada/Villey, etc.). Avultam ainda as figuras ecléticas, e não poucos espíritos realmente originais e até pioneiros na filosofia jurídica (Jean-Marc Trigeaud, Stamatios Tzitzis, François Vallançon, Luigi Lombardi Vallauri, etc. e, partindo de outra estirpe, Ronald Dworkin; no Brasil, além do bem conhecido Miguel Reale, o sempre original e profundo Nelson Saldanha — entre outros) ou na metodologia jusfilosófica (Karl Larenz, François Ost, Juan Vallet de Goytisollo, Van de Kerchove, Marc Van Hoecke).

⁽⁴⁴⁾ Zdenek KRYSUFEK, *Variations of 'Legal Philosophy'*, in « EYDIKIA », 1, Atenas, 1991.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. ainda sínteses dos grandes nomes da jusfilosofia portuguesa, in António BRAZ TEIXEIRA, *Sentido e Valor do Direito. Introdução à Filosofia Jurídica* cit., pp. 33 ss. e ID., *Caminhos e Figuras da Filosofia do Direito Luso-Brasileira*, AAFDL, Lisboa, 1991, e da historiografia jurídica in Mário Júlio de Almeida COSTA, *História do Direito Português*, cit., pp. 442 ss.; para os nomes de Coimbra em especial, Guilherme Braga DA CRUZ, *História da Revista de Legislação e Jurisprudência* cit. e Orlando de CARVALHO, *Prefácio à História da Faculdade de Direito de Coimbra*, de Reinaldo de CARVALHO e Paulo FERREIRA DA CUNHA, Rés, Porto, 1990; para Lisboa, Marcello CAETANO, *Apontamentos para a História da Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa, 1960; Jorge MIRANDA, in « Revista da Faculdade de Direito de Lisboa », vol. XXXIV; Inocência GALVÃO TELES, *ibid.*

Paralelamente, desde os EUA à Europa, e percorrendo transversalmente várias correntes, ganham corpo os estudos interdisciplinares, sobretudo fecundos na área das ciências jurídicas humanísticas, a que se vai também dando o nome de Fundamentos do Direito, de que são eco diversas publicações ⁽⁴⁶⁾. Numa área ainda integrável na categoria jurídico-humanística (que não pode confinar-se ao clássico Direito Romano, acompanhado de história, sociologia, geografia ou comparatismo e filosofia jurídicas) podem contar-se hoje as ciências criminais ou a criminologia ⁽⁴⁷⁾ e algumas ramificações ou autonomizações de estudos jusfilosóficos e/ ou jusmetodológicos modernizados, tais como a lógica ⁽⁴⁸⁾, cibernética ⁽⁴⁹⁾ a epistemologia e a gnoseologia ⁽⁵⁰⁾, a retórica ⁽⁵¹⁾, semiótica ⁽⁵²⁾, integrando ou não a linguística ⁽⁵³⁾, hermenêutica ⁽⁵⁴⁾ e

⁽⁴⁶⁾ Já clássicos se tornaram títulos como « Yale Journal of Law and Humanities », « Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques »; « Archives de Philosophie du Droit », « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », « Persona y Derecho », « Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno », « Ius », « Vera Lex », etc.

⁽⁴⁷⁾ Cf. FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *Criminologia*, Coimbra Editora, Coimbra, 1984; « Revista Portuguesa de Ciência Criminal ». Em geral, *Constats et Prospective. Revue Internationale de Criminologie et de Philosophie du Droit Pénal. Dictionnaire des Sciences Criminelles*, Paris, Dalloz, 2004.

⁽⁴⁸⁾ Georges KALINOWSKI, *Introduction à La Logique Juridique*, LGDJ, Paris, 1965; Alberto MONTORO BALLESTEROS, *Aproximación al Estudio de la Lógica Jurídica*, Universidade de Múrcia, Múrcia, 1986.

⁽⁴⁹⁾ Théodore IVANIER, *L'interprétation des faits en droit*, LGDJ, Paris, 1988.

⁽⁵⁰⁾ Christian ATIAS, *Epistémologie Juridique*, PUF, Paris, 1985 e ID., *Théorie contre arbitraire*, PUF, Paris, 1987; José Maria MARTINEZ DORAL, *La Estructura del Conocimiento Jurídico*, EUNSA, Pamplona, 1963; Alberto MONTORO [BALLESTEROS], *Análisis Estructural y Conocimiento Jurídico*, Universidad de Murcia, Murcia, 1982; Gregorio ROBLES, *Epistemología y Derecho*, Pirámide, Madrid, 1982.

⁽⁵¹⁾ Ver as obras de Perelmann, Puy e Von Gast, *cits*.

⁽⁵²⁾ Cfr. *Oñati Proceedings*, 16; e a revista « International Journal for the Semiotics of Law / Revue Internationale de Sémiotique Juridique ».

⁽⁵³⁾ Paul DUBOUCHET, *Sémiotique Juridique*, Paris, 1990; Bernard S. JACKSON, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Liverpool, 1988; Angeles LÓPEZ, *Cuestiones Preliminares para una Semiótica Jurídica*, « Persona y Derecho », n. 26, 1992, pp. 189 ss.

⁽⁵⁴⁾ Cf., *v.g.*, José DE SOUSA BRITO, *Hermenêutica e Direito*, separata do « Boletim da Faculdade de Direito », Universidade de Coimbra, Coimbra, 1990; José LAMEGO, *Hermenêutica e Jurisprudência*, Lisboa, Fragmentos, 1990.

informática ⁽⁵⁵⁾ jurídicas, o paradigma sistémico ⁽⁵⁶⁾, a cibernética e a autopoiesis ⁽⁵⁷⁾, a legística e a teoria da legislação ⁽⁵⁸⁾, a nomologia e a protonomologia ⁽⁵⁹⁾, teoria dos jogos ⁽⁶⁰⁾, antropologia ⁽⁶¹⁾, arqueologia ⁽⁶²⁾, etc. É também crescente o número dos estudos que procedem a uma análise mítica e ritual do Direito, bem como das suas ligações com o pensamento utópico ⁽⁶³⁾, com a teolo-

⁽⁵⁵⁾ Antonio PÉREZ LUÑO, *Problemas Actuales de la Documentación y la Informática Jurídica*, Sevilla, 1986.

⁽⁵⁶⁾ Paul ORIANNE, *Introduction au système juridique*, Bruylant, Bruxelles, 1982; Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2ª ed., Berlin, 1983. Ver também a obra de Niklas Luhmann.

⁽⁵⁷⁾ Jean-Pierre DUPUY, *Sur la prétendue autosuffisance du Droit*, in « Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques », 1986.

⁽⁵⁸⁾ José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Relatório sobre o Programa, Conteúdos e Métodos de um Curso de Teoria da Legislação*, separata do « Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra », Universidade de Coimbra, Coimbra, 1990; Z. BANKOWSKI *et alii*, *La Science de la Législation*, PUF, Paris, 1988; Marcelo REBELO DE SOUSA, *A Lei no Estado Contemporâneo*, « Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação », 11, Instituto Nacional de Administração, Out.-Dez., 1994, pp. 5 ss. Carlos BLANCO DE MORAIS, *Manual de Logística*, Lisboa/Sao Paolo, Verbo, 2007.

⁽⁵⁹⁾ Stanislaw EHRlich, *Protonorms. On the biological roots of social norms*, « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », 1990, LXXXVI, 1.

⁽⁶⁰⁾ François OST / Michel VAN DE KERCHOVE, *De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu*, « Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques », Bruxelles, n. 27, 1991, pp. 77 ss.; Id., *Le jeu: un paradigme pour le droit*, LGDJ, Paris, 1992; Michel VAN DE KERCHOVE e François OST, *Le Droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, Paris, 1992.

⁽⁶¹⁾ Norbert ROULAND, *Anthropologie Juridique*, PUF, Paris, 1988; Id., *Aux confins du Droit*, Paris, Odile Jacob, 1991.

⁽⁶²⁾ Angel SANCHEZ DE LA TORRE / Raquel LOPEZ MELERO, *Estudios de Arqueología jurídica*, Dykison, Madrid, 1988.

⁽⁶³⁾ Ernest CAPARROS, *Alguns mitos e algumas realidades do mundo jurídico contemporâneo*, in « Revista da Ordem dos Advogados », ano 47, Setembro de 1987; Franco CORDERO, *Riti e Sapienza del Diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1985; Peter FITZPATRICK, *The Mythology of Modern Law*, London-New York, 1992; Antoine GARAPON, *L'âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*, Le Centurion, Paris, 1985; Manuel GARCÍA PELAYO, *Los Mitos Políticos*, Alianza editorial, Madrid, 1981; Wolfgang VON GAST, *Gesetz und Justiz in den Utopien*, « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », LXX / Heft 1, 1 Q., 1984; Raúl Guillermo CHICHELO, *Teoría Totémica del Derecho*, Circulo Argentino de Iusfilosofía Intensiva, Buenos Aires, 1986; E. M. KROKER, *Rite*,

gia ⁽⁶⁴⁾, com as revoluções políticas ⁽⁶⁵⁾, ou com a arte ⁽⁶⁶⁾ e a estética ⁽⁶⁷⁾.

Mais ousadas ainda têm sido as considerações que, no domínio jusfilosófico, têm partido da lembrança, agora já quase sem complexos no mundo académico, de alguns pensadores portugueses

Gesetz und Recht, OZOR, XIX, Viena, 1969; Jacques LENOBLE e François OST, *Droit, Mythe et Raison: essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, 1980; ID., *Founding myths in Legal Rationality*, in « Nova Law Review », 49, 1986; António BARBOSA DE MELO, *Democracia e Utopia*, Porto, s/e, 1980; J. PUHVEL (ed.), *Myth and Law Among the Indo-Europeans*, Berkeley, Los Angeles-London, 1970; B. REHFLOT, *Recht und Ritus*, FHL, 1956; Claude RIVIÈRE, *Les Liturgies Politiques*, Paris, 1988; Santi ROMANO, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milano, 1947; Chhatrapati SINGH, *Law from Anarchy to Utopia*, Clarendon Press, Oxford, 1986; Jean-Marc TRIGEAUD, *Persona ou la Justice au double visage*, Genova, 1990; Peter WINN, *Legal Ritual*, in « Law and Critique », II, 2, 1991.

⁽⁶⁴⁾ Jacques ELLUL, *Fondement théologique du Droit*, Delacheux, Paris, 1946; Pierre LEGENDRE, *Le Désir Politique de Dieu. Etude sur les montages de l'Etat et du Droit*, Fayard, Paris, 1988; Carl SCHMITT, *Politische Theologie*, I e II, 1922, 1969 (*Théologie Politique*, trad. francesa de Jean-Louis Schlegel, Gallimard, Paris, 1988); Michel VILLEY, *Théologie et Droit dans la science politique de l'Etat Moderne*, Ecole Française de Rome, Rome, 1991.

⁽⁶⁵⁾ A. CASTANHEIRA NEVES, *A Revolução e o Direito. A situação actual da crise e o sentido no actual processo revolucionário*, separata de « Revista da Ordem dos Advogados », 1976; André VINCENT, *Les révolutions et le droit*, LGDJ, Paris, 1974; Miguel GALVÃO TELES, *O problema da continuidade da ordem jurídica e a revolução portuguesa*, « Boletim do Ministério da Justiça », n. 345, 1985.

⁽⁶⁶⁾ Até em programa televisivo de Arte e Direito, de Luís Alberto Warat: <http://200.68.94.131/artedireito/>. Cf. ainda Jean-Jacques GLEIZAL, *L'art et le politique*, Paris, PUF, 1994.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Luís CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 1966, pp. 144 ss.; Pedro SOARES MARTINEZ, *Filosofia do Direito*, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 284 ss. Cfr. também Peter GOODRICH, *Specula Laws: image, aesthetic and common law*, « Law and Critique », II, 2, 1991; Gernot KOCHER, *Zeichen und Symbole des Rechts. Eine historische Ikonographie*, C. H. Beck, Munique, 1992; Gustav RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1948; Wolfgang SELLERT, *Recht und Gerechtigkeit in der Kunst*, Wallstein, Göttingen, 1993; STOCKHAMMER, *Ästhetik und Rechtswissenschaft*, « Zeit. für Ästhetik und allgem. Kunstwissenschaft », 1932; François TERRÉ, *Introduction générale au Droit*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 18-19. A partir de 1993, e durante vários anos, na Universidade de Paris II, realizaram-se frutuozos colóquios internacionais sobre o tema. Cfr. a revista « Scientia Iuridica », t. XLII, n. 244-246, 1993.

contemporâneos ⁽⁶⁸⁾, que fundamentalmente convergem no sentido da necessidade de uma aproximação do Direito com a Caridade ou o Amor, chegando alguns a condenar não só a pena de morte, como a de prisão ⁽⁶⁹⁾. Além dos exames... O que é também actualíssimo, pelo menos como provocação filosófica, num tempo de tão grave *déficit* educativo e cultural geral.

Mas se este arco-íris de novidades parece ser um simples estil-haçamento dos rígidos padrões de cosmovisões anteriores, sem sentido e sem fio condutor e explicativo, talvez consigamos recuperar a leitura do mapa rasgado com uma ideia de emancipação. A que fundamento poderá, enfim, conduzir tão árdua demanda? Que palavra de ordem nos esclarece o ponto de partida de tão várias errâncias? É a velha reivindicação iluminista de Kant, no seu iluminador *Was ist Aufklärung?* ⁽⁷⁰⁾: trata-se de ousar (*sapere aude*), saindo da menoridade. E sair da menoridade, em Direito, é também sair da lógica exclusiva da ordem, do poder (mas não da *auctoritas* verdadeira), do sistema, do dogma e da sebenta aliada à profecia professoral e ao solipsismo académico. Parafraseando Luís Alberto Warat: uma fuga da *pinguintização* jurídica ⁽⁷¹⁾. Não se trata de um regresso a Kant. Mas de lembrarmo-nos de que a obra de Kant não está, nunca esteve, concluída. E que agora enfrenta renovados desafios. Porque as Luzes e a Revolução francesa estão *em perigo*.

A contemporaneidade jurídica tem-se perdido em múltiplos caminhos, mas em todos leva na mochila a bússola da sua carta de alforria. Caminhos perdidos, passos perdidos, *Holzwege* ⁽⁷²⁾ ... Mas sempre reencontrados, porque *passos em volta* (Herberto Helder)

⁽⁶⁸⁾ Em geral, Paulo FERREIRA DA CUNHA, *Temas e Perfis da Filosofia do Direito Luso-Brasileira*, Lisboa, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2000; ID., *Faces da Justiça*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 193 ss.; ID., *Pensamento Jurídico Luso-Brasileiro*, Lisboa, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2006.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. alguns textos significativos in António BRAZ TEIXEIRA, *Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*, Rés, Porto, [1993].

⁽⁷⁰⁾ KANT, *Was ist Aufklärung?*, trad. de Artur Morão in *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*, Lisboa, Edições 70, 1988.

⁽⁷¹⁾ Sítio da *Internet* cit.

⁽⁷²⁾ Martin HEIDEGGER, *Holzwege*, trad. fr., *Chemins qui ne mènent nulle part*, Paris, Gallimard, 1962.

de uma mesma preocupação, que é regeneradora e generosa: encontrar um caminho que não é de servidão ⁽⁷³⁾, mas de Liberdade. Coisa que só hoje é possível em muitos aspectos, e que, noutros, só virá a tornar-se realizável num Amanhã que prossiga e aprofunde as actuais sendas — desde logo na rota dos Direitos Humanos... que podem ser o fermento de um novo paradigma jurídico, depois do direito objectivo e do direito subjectivo. Certamente que a possibilidade será a de um direito altruísta ou fraterno, como alguns autores italianos e um juiz do Supremo Tribunal Federal do Brasil têm antevisto ⁽⁷⁴⁾.

II. Curiosamente, o timbre próprio do direito contemporâneo aparece já marcado pelas novidades tecnológicas, não só pela nova dinâmica e pujança empresariais sem complexos de lucro e exploração saída do neoliberalismo, que faz agigantarem-se análises económicas do Direito e afins — num economicismo que tradicionalmente não vai com a nossa índole, como já observara o estudo de Maia Pinto ⁽⁷⁵⁾. Também novos institutos e nova legislação foram criados no domínio da protecção de direitos autorais e patrimoniais decorrentes dos progressos informáticos e de novas formas de comunicação e circulação da informação, os quais, caminhando num sentido sobretudo proprietarista (com excesso de uso de patentes e protecção exagerada dos detentores dos direitos patrimoniais, sobretudo se são grandes empresas, desde logo), se arriscam a, pela via economicista, fazer perder-se a própria dimensão política liberal do liberalismo, que reduzem ao individualismo possessivo, ou ao ‘corporatismo’ individualista possessivo ⁽⁷⁶⁾. Também se definiram novos regimes jurídicos e contratos decorrentes de diferentes exi-

⁽⁷³⁾ F. A. VON HAYEK, *The Road to Serfdom*, London, Routledge, nova ed., 1991.

⁽⁷⁴⁾ Michele CARDUCCI, *Por um Direito Constitucional Altruísta*, trad. port., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2003; Eligio RESTA, *Il Diritto Fraterno*, Roma / Bari, Laterza, 2002; Carlos AYRES DE BRITO, *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, pp. 216 ss.

⁽⁷⁵⁾ Manuel Maia PINTO, *Economismo. O Equívoco sobre o Valor da Economia Política*, Porto, Imprensa Moderna, 1932. E não nos esqueçamos que talvez uma das primeiras grandes obras com que abre o séc. XX é uma crítica do argentarismo: Georg SIMMEL, *Philosophie des Geldes*, 1900.

⁽⁷⁶⁾ Mais desenvolvimentos em Paulo FERREIRA DA CUNHA, *Direito à Informação*

gências económicas (e da criatividade do capital), não só os *leasing*, os *factoring*, os *franchising*, os *time-sharing*, *engineering*, *joint venture*, bem como nova legislação sobre mercados de capitais, banca, seguros, etc. Na maioria dos demais casos, o legado jurídico anterior, quando não fosse o caso de legislar *ex nihilo*, teria que adaptar-se a realidades diversas e insuspeitadas. Mas tal foi sendo feito em geral sem notórios sobressaltos. O que não quer dizer que se não vão operando revoluções silenciosas.

Também no âmbito social (designadamente com influências no Direito da Família) se foram introduzindo modificações. Mas estas, em geral, caminhando em consonância com as exigências de reconhecimento de situações antes marginais ou marginalizadas⁽⁷⁷⁾. Tem-se tratado de intervenções pontuais e até nem sempre coerentes (e naturalmente criticadas pelos mais conservadores ou puristas)⁽⁷⁸⁾, de um direito que alguns diriam andar a reboque das reivindicações sociais (algumas sem dúvida atendíveis, ou, no mínimo, compreensíveis... mas outras já não, ou nem tanto), mas que ainda não ousou — tal como aliás o Direito Penal, por exemplo — ver-se integralmente ao espelho, e tentar, numa radical autognose, compreender o que lhe resta das antigas vestes, e o que verdadeiramente o singulariza e constitui essência, para além de todas as roupagens epocais — se algo há. Para além de estar longe de ser

ou Deveres de Protecção Informativa do Estado?, in *A Constituição Viva*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 174 ss., ou Id., *Direito Constitucional Aplicado*, Lisboa, Quid, Juris, p. 315 ss.

⁽⁷⁷⁾ Cf., *v.g.*, Alan BRUDNER, *Constitutional Goods*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 324 ss.; Eduardo BITTAR, *União Estável ou União Instável? Um Diagnóstico Filosófico dos Dilemas do Direito de Família na Pós-Modernidade*, in « Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito », Recife, Faculdade de Direito do Recife, n. 14, 2004, p. 119 ss.; Maria Virginia Galvão Paiva LUCARELLI, *Repensando o Direito da Família, à luz dos Direitos Constitucionais Fundamentais*, in *Direito Constitucional. Temas Atuais*, coord. de Roberto B. Dias da Silva, cit., p. 131 ss.

⁽⁷⁸⁾ Cf., por todos, J. M. ANTUNES VARELA, *Direito Civil*, in *Polis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Lisboa / São Paulo, Verbo, vol. II, 1984, máx. cols. 405-406. E surpreendendo o carácter de pedra de toque do Direito da Família em matéria ideológica, designadamente no direito português, entre nós, Heinrich Ewald HÖRSTER, *Evoluções Legislativas no Direito da Família depois da Reforma de 1977*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 59 ss.

repensado, em projecto, em ideologia e em utopia, o modelo social que desejamos — ainda que tudo se encaminhe (sí bem) para uma conciliação pluralista de modelos, que têm, assim, que se respeitar, daí devendo resultar formas de convivência e diálogo, muito afastadas dos tempos de imposição jurídica de uma ordem e de uma moral. Porém, nada fáceis se revelam os esforços de coexistência, sobretudo porque cada verdade tem pretendido normalmente apresentar-se como exclusiva, única verdadeira, e até, por vezes, proselitica, etc. Tudo a exigir muita formação cívica e democrática, com uma enorme dose de, pelo menos, ‘tolerância’. Porque mais do que de tolerância se precisaria de coexistência e compreensão mútuas. Mas como distantes estamos ainda de uma tal *eutopia*!

Será certamente no domínio do direito biomédico ou do biodireito (com implicações familiares, sucessórias, penais — verdadeiramente multidimensionais...) que as transformações se revelam qualitativas e poderão vir a ser mais perigosas, se a elas se não associar uma auto-limitação deontológica com a necessária *prudencia* ⁽⁷⁹⁾. O que significa que o domínio ético é a verdadeira fronteira entre Direito e anti-Direito, e não a simples adaptação ao desenvolvimento, aliás dentro das regras, hoje quase universalmente aceites, de uma mais ou menos social economia de mercado, vogando entre momentos mais protectivos das pessoas dos trabalhadores e dos consumidores e momentos mais empresarialmente aguerridos. O que, tal como já Michel Villey advertiria para o Direito do Trabalho em particular, coloca em perigo, por seu turno, a própria autonomia da juridicidade (ou de certa juridicidade mais permeável) face às flutuações sociais, e as paralelogramas de forças políticas.

(79) Mário BIGOTTE CHORÃO, *Biodireito*, in *Verbo. Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, Verbo, São Paulo - Lisboa, vol. 22, 1991; Bernard EDELMAN, *Le droit, les 'vraies' sciences et les 'fausses' sciences*, « Archives de Philosophie du Droit », XXXVI, Sirey, Paris, 1991; Guilherme DE OLIVEIRA, *Mãe há só Uma / Duas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992; Marie-Ange HERMITTE, *Le vivant et le Droit*, in « Le Courier du CNRS », 75, 1990; Luigi LOMBARDI VALLAURI, *Terre. Terra del Nulla. Terra degli Uomini. Terra dell'oltre*, Milão, Vita e Pensiero, 1991; Mário BIGOTTE CHORÃO, *Revolução biotecnológica e Direito. Uma perspectiva biojurídica personalista*, in *Verbo. Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, vol. XXIII, Verbo, Lisboa - São Paulo, 1995, pp. 487 ss.; Daniel SERRÃO, *Aspectos médicos da bioética, ibid.*, pp. 503 ss.

Algumas novidades ‘pós-modernas’ (não só as teóricas, como as práticas, desde logo a prática da policracia), e novos desenvolvimentos e autonomizações epistemológicas, obviamente acarretam, com maior ou menor demora de assimilação legal e jurisprudencial, influências decisivas no direito substantivo e adjetivo — criminalização e descriminalização⁽⁸⁰⁾, preocupação renovada pela vítima⁽⁸¹⁾, novas formas processuais visando maior celeridade, embora nem sempre o conseguindo (nem sendo a simples celeridade sinónimo de justiça), reformas prisionais, « novos direitos »⁽⁸²⁾, novas instâncias de regulação de conflitos⁽⁸³⁾, etc.

Independentemente de pendulares inflexões ideológicas ao nível central da governação nos diferentes países, continua a verificar-se, com continuidade indesmentida, a linha da progressiva publicização do Direito privado, ou, pelo menos, a injunção de normas, intencionalidades e exigências publicísticas nos domínios tradicionalmente privatísticos. Francisco Puy afirmou que o Direito Administrativo é já mais de meio Direito⁽⁸⁴⁾. Desde logo, no já mencionado Direito da Família, que alguns consideram ter já abandonado a sua área de inserção tradicional⁽⁸⁵⁾. A intervenção estadualizante — a par da fraseologia neoliberal (e não só fraseologia) e de algumas intervenções desnacionalizadoras e desmanteladoras da protecção estadual — cresce em domínios menos usuais; a par de outras

(80) Michel VAN DE KERCHOVE, *Reflexions analytiques sur les concepts de depenalisation et de decriminalisation*, in « Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques », 1984, 12, pp. 31 ss.; Maria da Conceição FERREIRA DA CUNHA, *Constituição e Crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto, Universidade Católica, 1995.

(81) Lygia NÉGRIER-DORMONT e Stamatios TZITZIS, *Criminologie de l'Acte et Philosophie Pénale. De l'ontologie criminelle des Anciens à La victimologie appliquée des Modernes*, Paris, Litec, 1991.

(82) Alberto MARTINS, *Novos Direitos do Cidadão*, Lisboa, Dom Quixote, 1994; Francisco LUCAS PIRES, *Os Novos Direitos dos Portugueses*, Lisboa, 1994.

(83) Cfr. *Direito, Estado e Sociedade*, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, n. 3.

(84) Não conseguindo encontrar de novo a referência escrita, perguntamos-lha pessoalmente. Não no-la indicou, autor tão fecundo que é. Mas corroborou-nos de viva voz essa sua tese, que inteiramente subscrevemos.

(85) Paulo DOURADO DE GUSMÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 17ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 209, considera o direito da família, claramente, um direito misto.

malhas que se vão tecendo, sem dúvida não estaduais, mas nem por isso menos exigentes, e nem sempre tão permeabilizadas ao Direito.

Mas o grande problema do Direito da Família é que pressupõe e se dirige a uma 'família' que não existe hoje senão em certos redutos ou enclaves sociais. E assim aponta os seus comandos e exerce a sua tutela tanto sobre quem naturalmente o acata e aplaude, como sobre toda uma vastíssima mole humana pluralizada, que não partilha de nenhuma cosmovisão fundamental. O Mundo de hoje, e mesmo a nossa Europa, mudou por completo a sua mentalidade relacional. Não se apercebeu foi completamente disso. E não é que o Direito deva andar a reboque das mudanças sociais, para fazer da estatística ou da ribalta mediática lei; não pode é ignorar essas mudanças, e no caso de ter de regular uma sociedade estilhaçada ou pluralista (conotações diversas de um mesmo fenómeno), desde logo nos valores e nos costumes, não pode deixar de encontrar formas de convivência, ou, no mínimo, um *modus vivendi* de coexistência pacífica. Sem tibieza, mas com inteligência e autoridade.

Há também quem fale (e tal poderá não ser com esta tendência completamente contraditório) de comercialização do Direito Público⁽⁸⁶⁾, e privatização do Direito Administrativo...

É certo que esforços de desburocratização e ataque a bastiões seculares da burocracia podem ter sido corajosamente levados a cabo; mas as cabeças da hidra teimam em multiplicar-se. Há, sem dúvida, descodificação, mas empreendem-se também importantes revisões e substituições codificatórias, por vezes frequentes e até a introdução de códigos em campos que se autonomizam, ou que de todo não os tinham conhecido ainda. Idêntica situação ocorre com a desregulação, que tem o seu contraponto na inflação legislativa e normativa a todos os níveis⁽⁸⁷⁾. E regulamentações ilegais e inconstitucionais proliferam.

Gravíssimo e merecedor da mais profunda reprovação é o fe-

⁽⁸⁶⁾ Federico SPANTIGATI, *La tendenza del nostro tempo per la commercializzazione del Diritto pubblico e la soggettività del diritto privato*, in « Scientia Iuridica », XLI, n.os 238-240, 1992.

⁽⁸⁷⁾ Michel BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, PUF, Paris, 1990; François TERRÉ, *La crise de la Loi*, in « Archives de Philosophie du Droit », XXV, 1980.

nómeno (felizmente situado) da des-legalização, pela qual o regulamento ou o estatuto de organizações mais ou menos estaduais, mais ou menos autónomas, se pretendem sobrepor à lei, a pretexto de autonomias, ou especialidades, ou excepcionalidades que nada têm a ver com o necessário cumprimento da legalidade. Tal redundância, no plano institucional, um pouco por toda a parte, na criação de Agências reguladoras, que pairam com regimes jurídicos especiais, ou excepcionais. Fenómeno confluyente com múltiplas formas de o Estado (e até as autarquias já) alijar as suas responsabilidades a todos os níveis: na educação, na saúde, até na protecção policial. O Estado parece estar à venda. E a privatização do público gera, evidentemente, menos Direito, menos Justiça.

É muito difícil identificar constantes e esboçar tendências no Direito em geral⁽⁸⁸⁾, e no nosso direito português em particular, tão tributário se tem vindo ele a revelar sobretudo da inspiração germânica, o que plausivelmente continuará a ocorrer em tempos de União Europeia, apesar de alguma ‘insularização’ do direito continental que alguns lhe assacam, as que pode ficar-se no valor acrescido da jurisprudência. Já há bastantes anos, foi de registar com um suspiro de alívio e não sem algum orgulho, a decidida opção ética de rejeição da introdução do novo código penal, por contrária à tradição e mundividência nacionais, de penas de prisão excessivamente longas. Isto apesar de abundantes exemplos estrangeiros de maior severidade. Seria de temer que uma União Europeia maximalista forçasse a códigos únicos. Porém — e há bens que vêm com os males — o actual minimalismo aparente do processo de construção europeia (passando de Constituição Europeia codificada para um ‘tratado reformador’) pode quiçá ajudar a que se repense o problema, e se compreenda que nem todo o direito pode ser uniforme. Como não o é, desde logo, nos Estados Unidos da América... nem sequer ao nível dos crimes e das penas. *A fortiori...*

Enquanto vai resistindo a ciência jurídica, e tal parece não ser

(88) Cfr., porém, António PEDRALS *et alii*, *En el Umbral del Siglo XXI. Nuevos conceptos e instituciones jurídicas?*, Eduval, Valparaíso, 1989.

seguro para o nosso século⁽⁸⁹⁾, perguntamo-nos que impressões retemos do seu presente estado⁽⁹⁰⁾.

No plano juspublicístico, o Estado de Direito continua a ser o grande norte teórico⁽⁹¹⁾, e há um renovado interesse pela democracia⁽⁹²⁾ e seus fundamentos e história⁽⁹³⁾, e a repúbli-

⁽⁸⁹⁾ Richard STITH, *Habra Ciencia del Derecho en el siglo XXI ?*, in AA.VV., *En el Umbral del Siglo XXI. Nuevos conceptos y instituciones jurídicas?*, Edeval, Valparaíso, 1989, pp. 69 ss.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. uma síntese da história recente do direito português in M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português* cit., pp. 466 ss.

⁽⁹¹⁾ V. em especial o balanço de Pietro COSTA / Danilo ZOLO, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria e critica*, trad. port. de Carlo Alberto Dastoli, *O Estado de Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2006.

⁽⁹²⁾ Uma panorâmica in Paulo FERREIRA DA CUNHA, *Repensar a Política. Ciência & Ideologia*, 2ª ed., *passim*. De entre multidão, Yves SIMON, *Filosofia do Governo Democrático*, trad. de Edgard Godói de Mata-Machado, Rio de Janeiro, Agir, 1955; Nelson SALDANHA, *Secularização e Democracia. Sobre a Relação entre Formas de Governo e Contextos Culturais*, Rio de Janeiro / São Paulo, 2003; Bernard CRICK, *Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2002, trad. port. de Carla Hilário Quevedo, *A Democracia*, Vila Nova de Famalicão, Quasi, 2006; Manuel GARCÍA-PELAYO, *El Estado de Partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 1986; Esperanza GUIJÁN, *Mas allá de la Democracia*, Madrid, Tecnos, 2000; Gerhard LEIBHOLZ, *O Pensamento democrático como princípio estruturador na vida dos povos europeus*, trad. port., Coimbra, Atlântida, 1974; António BARBOSA DE MELO, *Democracia e Utopia (Reflexões)*, Porto, dist. Almedina, 1980; Robert MICHELS, *Political Parties. A sociological study of the oligarchical tendencies of modern democracy* (1962), trad. cast. de Enrique Molina de Vedia, *Los Partidos políticos. Un Estudio Sociológico de las Tendencias Oligárquicas de la Democracia Moderna*, 2 vols., Buenos Aires, Amorrotu Editores, 1996; Alberto MONTORO BALLESTEROS, *Razones y límites de la legitimación democrática del Derecho*, Murcia, Universidad de Murcia, 1979; Maria Cristina Seixas VILANI, *Origens Medievais da Democracia Moderna*, Belo Horizonte, Inédita, 1999; Afonso Rodrigues QUEIRÓ, *Uma Constituição Democrática, hoje, Como?*, Coimbra, Atlântida, 1980; António SÉRGIO, *Democracia*, Lisboa, Sá da Costa, 1974; José EISENBERG, *A Democracia depois do Liberalismo*, Rio de Janeiro, Relume do Mará, 2003; V. I. LENINE, *Comunicação acerca da Posição do Proletariado perante a Democracia pequeno-burguesa / Democracia e Política na época da Ditadura do proletariado*, trad. port. de Adelino dos Santos Rodrigues, Lisboa, Minerva, s/d; Karl POPPER / John CONDRIY, *Televisão: um Perigo para a Democracia*, ed. port., Lisboa, Gradiva, 1995; Jon ELSTER / Rune SLAGSTAD (ed.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997; Gustavo ZAGREBELSKY, *La Crucifixión y la Democracia*, trad. cast. de Atilio Pentinalli Melacrino, Barcelona, Ariel, 1996; Luciano CANFORA, *Critica della retorica democratica*, Roma / Bari, Laterza, 2002, trad. port. de Valéria Silva, *Critica da Retórica Democrática*, São Paulo, Estação Liberdade, 2007; Ed-

ca⁽⁹⁴⁾. E a tríade constitucionalista moderna permanece, ao me-

ward W. SAID, *Humanism and Democratic Criticism*, trad. port. de Rosaura Eichenberg, *Humanismo e Crítica Democrática*, São Paulo, Companhia das Letras, 2007.

⁽⁹³⁾ Nicholas P. WHITE, *A Companion to Plato's Republic*, Oxford, Basil Blackwell, 1979; Moses I. FINLEY, *Démocratie antique et démocratie moderne*, trad. de Monique Alexandre, precedido de *Tradition de la démocratie grecque*, por Pierre Vidal-Naquet, Paris, Payot, 1976; David COHEN, *Law, Violence and Community in Classical Athens*, Cambridge, Cambridge University Press, reed., 2000 (1ª ed. 1995); A. H. M. JONES, *Athenian Democracy*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, ed. de 1986 (1ª ed. Basil Blackwell, 1957); François MONCONDUIT, *Devenir citoyen. Essai de philosophie politique*, Bruxelles, Bruylant, 2006; Claude MOSSÉ, *Le Citoyen dans la Grèce Antique*, Paris, Nathan, 1993; Kurt A. RAUFLAUB *et al.*, *Origins of Democracy in Ancient Greece*, Berkeley *et al.*, University of California Press, 2007; Théodore STAVROPOULOS, *Liberté de la Presse et Citoyenneté*, « Revue Internationale de Philosophie Pénale et de Criminologie de l'Acte », n. 5-6, 1994, p. 163 ss.; John THORLEY, *Athenian Democracy*, 2ª ed., Londres e Nova Iorque, Routledge, 2004; VAUJOUR, *La sécurité du citoyen*, Paris, PUF, 1980; Pierre VIDAL-NAQUET, *Les Grecs, les historiens, la démocratie: le grand écart*, trad. port. de Jônatas Batista Neto, *Os Gregos, os Historiadores e a Democracia: O grande desvio*, São Paulo, Companhia das Letras, 2002; A. N. SHERWIN-WHITE, *The Roman Citizenship*, reimp., Oxford, Clarendon Press, 2001; Manuel GARCÍA-PELAYO, *La Lucha por Roma (sobre las razones de un mito político)*, *Los Mitos Políticos*, Madrid, Alianza Editorial, 1981, p. 111 ss.

⁽⁹⁴⁾ Por todos, Norberto BOBBIO / Maurizio VIROLI, *Dialogo intorno alla repubblica*, Laterza, 2001; J. G. A. POCKOCK, *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton / Londres, Princeton University Press, 1975 (e cf. Eloy GARCÍA, *El Estado Constitucional ante su 'Momento Maquiavélico'*, Madrid, Civitas, 2000); Quêntin SKINNER, *Liberdade antes do Liberalismo*, trad. port. de Raul Fikker, São Paulo, UNESP, 1999. E sobre a figura complexa e a muitos títulos fundadora de Maquiavel, suas interpretações e influências, *v.g.*, Martim DE ALBUQUERQUE, *A Sombra de Maquiavel e a Ética Tradicional Portuguesa. Ensaio de História das Ideias Políticas*, Lisboa, Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa / Instituto Histórico Infante Dom Henrique, 1974; Paulo FERREIRA DA CUNHA, *Repensar a Política. Ciência & Ideologia*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 165 ss.; Fernando DIAS-PLAJA, *Griegos y Romanos en la Revolución Francesa*, Madrid, « Revista de Occidente », 1960; François FURET / Ran HALEVI (textos estabelecidos, anotados... por), *Orateurs de la Révolution française. I. Les Constituants*, Paris, Gallimard, La Pléiade, 1989. Cf. ainda José Joaquim GOMES CANOTILHO, *O Círculo e a Linha. Da 'liberdade dos antigos' à liberdade dos modernos' na teoria republicana dos direitos fundamentais* (I parte), in *O Sagrado e o Profano*, Homenagem a J. S. da Silva Dias, « Revista de História das ideias », n. 9, III, Coimbra, 1987, p. 733 ss.; Miguel REALE, *Liberdade Antiga e Liberdade Moderna*, « Revista da Universidade de São Paulo », n. 1, p. 5 ss., in *Horizontes do Direito e da História*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, p. 17 ss.; Félix OVEJERO *et al.* (org.), *Nuevas*

nos em teoria, tendo repellido com êxito os seus adversários doutrinais. Antes de mais, mantém-se a fidelidade aos direitos fundamentais — tendo a sua versão « direitos humanos » conseguido alcançar uma quase unanimidade, apesar das reticências de alguns mais puristas ou tradicionalistas ⁽⁹⁵⁾. O grande desafio que se lhe põe é a luta contra o terrorismo. Cada vez mais impor-

Ideas Republicanas, Barcelona / Buenos Aires / México, Paidós, 2003; Philip PETIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997; Fábio Konder COMPARATO, *Redescobrimdo o Espírito Republicano*, in « Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul », XXXII, n. 100, Porto Alegre, 2005, p. 119 ss.; Ricardo LEITE PINTO, *Neo-republicanism and Constitutional Law. A Republic of reasons*, comunicação ao VII Congresso Mundial de Direito Constitucional, Atenas, 11-15 Junho 2007. Ed. Electrónica: <http://www.enelsyn.gr/papers/w7/Paper%20by%20Prof.%20Ricardo%20Leite%20Pinto.pdf>; Id., *Neo-Republicanism, Democracia e Constituição*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2006; António REIS (org.), *A República Ontem e Hoje*, II Curso Livre de História Contemporânea, Lisboa, Colibri, 2002, pp. 11-29; Didier MAUS, *La V.e République, hier, aujourd'hui, demain*, in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreau*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 821-836; Id., *Où va la République?*, in *Changer la République? Changer de République?*, colóquio de 13 de outubro de 2006, GOF, 2006, pp. 21-33; Michel Henry FABRE, *Principes républicains de droit constitutionnel*, 4^a ed., Paris, L.G.D.J., 1984.

⁽⁹⁵⁾ Michel VILLEY, *Le Droit et les Droits de l'Homme*, PUF, Paris, 1983. Sobre esta temática, cfr. *Persona y Derecho*, vols. 22-23; Blandine BARRET-KRIEGLER, *L'Etat et les Esclaves* cit.; Virginia BLACK, *On connecting natural rights with natural law*, in « *Persona y Derecho* », 22, 1990; Bernardino BRAVO LIRA, *Poder y respeto a las personas en Ibero-america. Siglos XVI a XX*, Eduval, Valparaíso, 1989; Francesco D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 185-225; Alfred DUFOUR, *Droits de l'Homme, droit naturel et histoire*, PUF, Paris, 1991; Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977; John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 3^a reimpr., Clarendon, Oxford, 1986; Joaquín GARCÍA HUIDOBRO, *Defensa y Rescate de los Derechos Humanos*, EDUVAL, Valparaíso, 1987; Rolando GAETE, *Postmodernism and Human Rights: some insidious questions*, in « *Law and Critique* », II, 2, 1991; Jeanne HERSCH (org.), *El Derecho de Ser Hombre*, trad. castelhana, Unesco, Madrid, 1984; Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *Los Derechos Humanos, Paradoja de Nuestro Tiempo*, s/e., Santiago do Chile, 1989; Andres OLLERO TASSARA, *Los derechos humanos entre el tópic y la utopía*, « *Persona y Derecho* », 22, 1990. Entre nós, v.g., Diogo LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direitos da Personalidade*, separata do « *Boletim da Faculdade de Direito* », Universidade de Coimbra, Coimbra, 1990; J. J. GOMES CANOTILHO, *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*, separata do « *Boletim da Faculdade de Direito* », Universidade de Coimbra, Coimbra, 1988; Orlando DE CARVALHO, *Os Direitos do Homem no Direito Civil Português*, « *Vértice* », Coimbra, 1973; Jorge MIRANDA, *Direito Constitucional*, II. *Direitos Fundamentais*, Faculdade de Direito, Lisboa, 1993-94.

tante e com mais virtualidades (e mesmo urgência) se tem revelado a separação dos poderes⁽⁹⁶⁾, que importa em muitos casos alargar do mundo macro-político, estadual, para o universo micro-político e administrativo. Podemos ser muito livres na retórica dos textos constitucionais e oprimidos quotidianamente por tiranetes que nas nossas repartições e empresas acumulam todo o poder, até por via de textos normativos que fazem aprovar, sem apelo nem agravo. É a própria ideia de código, com alguma sacralidade textual⁽⁹⁷⁾, não deixou de manifestar a sua pujança e razão de ser na complexa elaboração de um ‘Tratado Constitucional’ europeu, sob forma constitucional articulada, sistemática e exaustiva: infelizmente abortado pelos referendos francês e holandês. Não se sabendo bem as consequências de nova reprovação irlandesa... A esta tríade deveremos acrescentar o sufrágio, cada vez mais universal, a soberania nacional/popular, a existência de grupos de representação, designadamente os partidos, etc. A tríade foi-se expandindo... O essencial destes princípios viria a ser contemplado, ainda que matizada pela complexidade do texto, até no referido projecto de Constituição Europeia: o que lhe outorga nobres foros de consagração. É o “Tratado de Lisboa” retomaria grandes princípios ínsitos no Projecto.

Ainda no domínio do Direito Público, mas, na verdade, com ramificações para todo o Direito, assinala-se o progresso significativo e a mudança de paradigma (ou a assunção da especificidade do seu paradigma, fundante e irradiador) por parte do Direito Constitucional, com fenómenos teóricos que passam pela nova hermenêutica, centrada na Constituição, e no chamado neoconstitucionalismo e afins. São desafios a que nenhum jurista pode ficar indife-

⁽⁹⁶⁾ Nuno PIÇARRA, *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989; Michel TROPPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, Paris, 1980. Cfr. Paulo FERREIRA DA CUNHA, *Pensar o Direito, I. Do realismo clássico à análise mítica*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 233 ss.

⁽⁹⁷⁾ Cfr., por todos, Jack GOODY, *The Logic of Writing and the Organisation of Society*, Cambridge University Press, 1986, trad. portuguesa de Teresa Louro Pérez, *A Lógica da Escrita e a Organização da Sociedade*, Edições 70, Lisboa, 1987, máx. pp. 149 ss.

rente ⁽⁹⁸⁾. Proliferam as publicações ⁽⁹⁹⁾. E os vários ramos do Direito se constitucionalizam cada vez mais: até o Direito Administrativo ⁽¹⁰⁰⁾. Estamos hoje no domínio de um paradigma novo ⁽¹⁰¹⁾: de

⁽⁹⁸⁾ Écio Oto Ramos DUARTE / Susanna POZZOLO, *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição*, São Paulo, Landy Editora, 2006; Alfonso GARCÍA FIGUEROA, *Norma y Valor en el Neoconstitucionalismo*, in « Revista Brasileira de Direito Constitucional », n. 7, vol. 2; Enzo BELLO, *Neoconstitucionalismo, Democracia Deliberativa e a Atuação do STF*, in *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*, coord. José Ribas Vieira, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 3 ss.; Susana POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional*, in « Doxa », 21-II, 1998, p. 339 ss.

⁽⁹⁹⁾ Só revistas, no Brasil com esta área conexas: « Revista Brasileira de Estudos Constitucionais », a « Revista Brasileira de Direito Constitucional », a revista « Interesse Público », a « Revista Brasileira de Direito Público », a « Revista de Direito Administrativo e Constitucional », a « Revista de Direito Constitucional e Internacional », etc. Obras colectivas recentes: Helene Taveira TÖRRES (coord.), *Direito e Poder. Nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. Estudos em Homenagem a Nelson Saldanha*, São Paulo, Manole, 2005; Regina QUARESMA / Maria Lucia de Paula OLIVEIRA, *Direito Constitucional Brasileiro. Perspectivas e Controvérsias Contemporâneas*, Rio de Janeiro, Forense, 2006; Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO / Martonio Mont'Alverne Barreto LIMA (org.), *Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*, Rio de Janeiro / São Paulo / Recife, Renovar, 2006; José Adércio Leite SAMPAIO (coord.), *Constituição e Crise Política*, Belo Horizonte, Del Rey, 2006; Agassis de ALMEIDA FILHO / Francisco Bilac MOREIRA PINTO FILHO (org.), *Constituição e Estado*, Rio de Janeiro, Forense, 2006; Paulo BONAVIDES / Francisco Jeron Marques DE LIMA / Faya Silveira BEDÊ (coords.), *Constituição e Democracia. Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*, São Paulo, Malheiros, 2006; Roberto B. DIAS DA SILVA (coord.), *Direito Constitucional. Temas Atuais*, São Paulo, Método, 2007; Clèmerson Merlin CLÈVE / Ingo Wolfgang SARLET / Alexandre Coutinho PAGLIARI (coords.), *Direitos Humanos e Democracia*, Prefácio de Francisco Rezek, Rio de Janeiro, Forense, 2007; Marcelino Novelino CAMARGO (org.) *Leituras Complementares de Constitucional. Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Salvador, Podium, 2007 entre outros.

⁽¹⁰⁰⁾ Gustavo BINENBOJM, *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, Rio de Janeiro / São Paulo / Recife, Renovar, 2006. Contributos ainda Marcelo LAMY, *Efeitos amplificados das decisões judiciais no controlo directo de constitucionalidade: uma teoria dos precedentes constitucionais*, São Paulo, 2008.

⁽¹⁰¹⁾ Com foros de originalidade em vários níveis: cf. *Originalismo e Criação Pela Justiça Constitucional*, Parte Temática da « Revista Brasileira de Estudos Constitucionais », n. 3, Belo Horizonte, Editora Forum, 2007.

constituição pluralista e aberta ⁽¹⁰²⁾ e principiológica ⁽¹⁰³⁾, de um Estado Constitucional ⁽¹⁰⁴⁾, em que o elemento *cultura* passa a intervir mais fortemente. Ou assim deveria ser.

Mas a dimensão prática de cada uma das categorias ao longo dos diversos pontos do *mapa-mundi* é muito problemática e diversificada. No vértice dos problemas, persiste, mais que a *crise*, a verdadeira *aporia* de legitimidade do Direito do Político (e, afinal, invadindo todo o Direito), que nos não parece ter em Rawls, Luhman, ou Habermas uma solução verdadeiramente convincente ⁽¹⁰⁵⁾ quanto ao fundo da questão — mas que com eles nos chama a atenção para a necessidade de compreensão democrática (e até ‘retórica’ ou comunicacional) dos termos da *aporia*. Continua evidentemente incerto o futuro da teoria constitucional ⁽¹⁰⁶⁾, embora cada

⁽¹⁰²⁾ Peter HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein / Ts, Athenaeum, 1980; Id., *Verfassung als öffentlichen Prozess*, 3ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1998. Para um balanço, Ulises COELLO NUÑO, *La Constitución Abierta como Categoría Dogmática*, Barcelona / México, Bosch, Editorial México Universitario, 2005. Numa clave específica, Luís Sérgio Soares MAMARI FILHO, *A Comunidade Aberta de Intérpretes da Constituição*, Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2005.

⁽¹⁰³⁾ Walter Claudius ROTHENBURG, *Princípios Constitucionais*, 2ª tiragem, Porto Alegre, Sergio Fabris, 2003; George Salomão LEITE (org.), *Dos Princípios Constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2003; Mônia Clarissa Hennig LEAL, *A Constituição como Princípio. Os Limites da Jurisdição Constitucional Brasileira*, Barueri, São Paulo, 2003. Além da obra de Paulo Dourado de Gusmão, no Brasil.

⁽¹⁰⁴⁾ Peter HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, estudo introdutório de Diego Valadés, trad. e índices de Héctor Fix-Fierro, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003; Id., *Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, ed. a cargo de José Luiz Monereo Pérez, Granada, Comares, 2003.

⁽¹⁰⁵⁾ José Francisco DE FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992; Robert NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, 3ª reimp., Basil Blackweill, Oxford, 1986; Enrique Olivas (org.), *Problemas de Legitimación en le Estado Social*, Trotta, Madrid, 1991; Stéphane RIALS, *Sur Rawls: les Lumières tardives*, « Droits. Revue Française de Théorie Juridique », 6, 1987; Fernando VALLESPÍN OÑA, *Nuevas Teorías del Contrato Social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.

⁽¹⁰⁶⁾ Dieter GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt, 1991.

vez mais pujante e afirmativo o respectivo ramo⁽¹⁰⁷⁾, designadamente pela multiplicação dos estudos e as cada vez maiores aplicações práticas e no domínio de outros ramos, em diálogo cada vez mais imperativo com a Constituição. E o referido projecto de Constituição Europeia colocaria ainda ao Direito Constitucional não pequenos desafios⁽¹⁰⁸⁾.

Problemática no domínio constitucional afigura-se ainda a verificação algo frequente de conflitos, por vezes graves, entre órgãos de soberania, nomeadamente entre governos e chefes de Estado, ou entre executivo e magistrados, os quais arrastam mesmo discussões que abalam ordens constitucionais, sobretudo quanto ao princípio da separação dos poderes. Também de novo se discute a função do juiz e o papel da jurisprudência na criação ou aplicação do Direito, bem como a relação do judicial com outros poderes⁽¹⁰⁹⁾.

(107) V. abundante bibliografia in Paulo FERREIRA DA CUNHA, *Direito Constitucional Geral*, Lisboa, Quid Juris, 2006.

(108) Paulo FERREIRA DA CUNHA, *Novo Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, Almedina, 2005; Pedro CRUZ VILLALÓN, *La Constitución Inédita. Estudios ante la Constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004.

(109) Manuel DE ANDRADE, *Sentido e Valor da Jurisprudência*, in « Boletim da Faculdade de Direito », Universidade de Coimbra, XLVIII, 1972; Otto BACHOF, *Estado de Direito e Poder Político: os Tribunais constitucionais entre o Direito e a Política*, separata do « Boletim da Faculdade de Direito », Universidade de Coimbra, trad. portuguesa J. M. Cardoso da Costa, vol. LVI, 1980; Menezes CORDEIRO, *Tendências actuais da interpretação da lei: do juiz-autómato aos modelos de decisão jurídica*, in RLJ n. 9/10, 1987; Louis FISHER, *Constitutional Dialogues. Interpretation as Political Process*, Princeton, New Jersey, 1988; John GRIFFITH, *Judicial Politics Since 1920*, Oxford, 1993; Paul VAN DEN HOVEN, *Clear cases: do they exist?*, in « Revue Internationale de Sémiotique Juridique / International Journal for the Semiotics of Law », III, 7, 1990; Álvaro Laborinho LÚCIO, *Sobre a aplicação do Direito*, in « Boletim do Ministério da Justiça », n. 348, 1985; W. J. T. MITCHEL (org.), *The Politics of Interpretation*, Chicago Univ. Press, Chicago, 1983; A. Castanheira NEVES, *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Coimbra Editora, 1995; ID., *Questão de Facto. Questão de Direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*. I. *A crise*, Coimbra, 1967; ID., *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, Studia Iuridica, Coimbra, 1993; Luis PRIETO SANCHÍS, *Ideologia e Interpretación Jurídica*, Madrid, 1987; Dieter SIMON, *La Independencia del Juez*, trad. castelhana, Barcelona, 1985; Luigi LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967; L. A. WARAT, *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*, Porto Ale-

No plano dos direitos fundamentais, a par da generalização teórica da sua defesa, assiste-se contudo a momentos de uma insensível fragilização da dignidade e dos direitos do cidadão, não só difusamente agredido pelo gigantismo estadual e macro-organizativo⁽¹¹⁰⁾, designadamente (mas não só) sob pretexto ou necessidade de luta contra a anomia e o terrorismo, como a vários títulos dependente e precarizado na sua propriedade⁽¹¹¹⁾ (designadamente pelos impostos, que não raro nada respeitam dos seus princípios, nem dos princípios constitucionais a eles atinentes), no seu trabalho (sempre à mercê de ventos imperscrutáveis: desde as leis de oferta e da procura às pressões políticas), e direitos sociais (sob o impacto de uma onda privatizadora e desresponsabilizadora do Estado), como ainda feito publicamente joguete e *clown* em programas televisivos, e já com um consentimento tácito de servidão anunciada, ou com um à vontade ofensivo de quem tudo já se presta a fazer por dinheiro ou prémios.

Em contrapartida, e voltando ao caso português, refinaram-se as técnicas e a dogmática da jurisdição constitucional, nomeadamente em matéria de inconstitucionalidade⁽¹¹²⁾. Acresce que as

gre, 1979; Michel TROPER, *Le gouvernement des juges, mode d'emploi*, Quebeque, PUL, 2006.

⁽¹¹⁰⁾ Blandine BARRET-KRIEGEL, *L'Etat et les esclaves*, Payot, Paris, 1989; François EWALD, *L'Etat Providence*, Grasset, Paris, 1986; F. VON HAYEK, *The Road to Serfdom* cit.; Jean-Marie PONTAUT/ Francis SZPINER, *L'Etat hors la Loi*, Fayard, Paris, 1989; A. J. PORRAS NADALES, *Introducción a una Teoría del Estado Postsocial*, PPU, Barcelona, 1988; Juan Ramón Capella, *Los Ciudadanos Siervos*, Trotta, Madrid, 1993.

⁽¹¹¹⁾ Leonard W. LEVY, *Property as a Human Right*, in « Constitutional Commentary », vol. 5, 163, 1988.

⁽¹¹²⁾ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., 2ª reimp., Almedina, Coimbra, 2003; J. M. CARDOSO DA COSTA, *A jurisdição Constitucional em Portugal*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2007; Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 1983; Id., *A Fiscalização da Constitucionalidade*, « Scientia Iuridica », t. XLII, n. 244/246, 1993, pp. 161 ss.; Marcelo REBELO DE SOUSA, *O Valor jurídico do Acto Inconstitucional*, ed. Autor, Lisboa, 1988; Carlos BLANCO DE MORAIS, *Justiza Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002-2005, 2 vols. O Brasil foi muito longe nos remédios constitucionais: cf. a síntese de Diomar ACKEL FILHO, *Writs Constitucionais*, São Paulo, Saraiva, 1988. E o interessante estudo de Juarez FREITAS, *A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta*, P. Alegre, Petrópolis,

transições constitucionais, desde a aprovação da Constituição portuguesa de 1976, se revelaram relativamente consensuais ao nível dos principais actores do processo político ⁽¹¹³⁾, apesar de um ou outro caso de excessivo protagonismo das maiorias e consequente obnubilação das minorias. De qualquer modo, a Constituição continua a ser a Bíblia da República, e qualquer tentativa de a subverter ou rever, fora dos seus limites materiais e do procedimento previsto, constituiria uma revolução: ou, sem dúvida com mais propriedade — uma contra-revolução.

O mesmo se não poderá dizer da legislação ordinária e da vida administrativa. E aí o problema também é comum a vários países. Em boa medida por via da inflação legislativa e da complexificação geral da vida jurídico-político-administrativa (da babelização da Pólis), em muitos países acumulam-se as deseconomias de escala, os lapsos irreparáveis e os factos consumados (*factum infectum fieri non potest*), o desânimo no interior do sistema e a irritação ou apatia desistente dos cidadãos. A qualidade da legislação e da proto-normatividade piora com a proliferação dos seus autores, e regressa a teia feudal de direitos e contra-direitos que tantas críticas suscitou ao Iluminismo e ao velho Liberalismo, à Codificação e ao Constitucionalismo ⁽¹¹⁴⁾. E à mítica independência olímpica dos deputados liberais sucederia em regra a partidarização do legislativo ⁽¹¹⁵⁾, quando não do próprio Estado ⁽¹¹⁶⁾. Mas que alternativa realmente haverá à representação política (não exclusiva, mas preferencial) pelos partidos (com os referidos riscos, é certo) no mundo massifi-

RJ, RS, 1989, que em nós evoca Otto BACHOF, *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, trad. portuguesa de J. M. Cardoso da Costa, Atlantida, Coimbra, 1977.

⁽¹¹³⁾ Cfr. José Manuel Moreira Cardoso da COSTA, *A Evolução Constitucional no Quadro da Constituição da República de 1976*, Tribunal Constitucional, Lisboa, 1994.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr., sobre alguns destes tópicos, Mário RAPOSO, *Acesso ao Direito*, in *Verbo. Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, Verbo, Lisboa - São Paulo, n.22, 1991.

⁽¹¹⁵⁾ Gehard LEIBHOLZ, *O Pensamento Democrático como Princípio Estruturador na Vida dos Povos Europeus*, trad. portuguesa, Atlântida, Coimbra, 1974; Rogério Ehrhardt SOARES, *O Conceito Ocidental de Constituição*, in « Revista de Legislação e Jurisprudência », Coimbra, n. 3743.3744, 1986; Carl SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Berlin, 1926.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. Manuel GARCÍA-PELAYO, *El Estado de Partidos*, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

cado de hoje? ⁽¹¹⁷⁾ Não serão as pretensas alternativas mais males do que remédios, ou apenas renovações cosméticas, verdadeiramente *mais do mesmo*? Quer queiramos quer não, e por muito boas intenções regeneradoras que os animem, os anti-partidismos redundam, em grande medida, em formas de anti-democracia representativa. Sem pactos tácitos e interiorizados de regime entre os partidos, poderão mesmo sucumbir ao boicote das oposições instaladas no aparelho de Estado aqueles que, chegados ao poder, começarem a irreprensivelmente abster-se de nomeações de confiança. É a verificação desta dificuldade pode saldar-se, em contrapartida, num círculo vicioso de ‘dança de cadeiras’.

O Direito Administrativo prossegue na sua permeabilização ao cidadão, ao particular, e à defesa dos seus interesses (até difusos), com recurso à processualização e à codificação. Depois da codificação, continua-se na boa senda organizadora e garantística. Mas há ainda muito a fazer, e também se ouvem vozes em sentido contrário, alegando uma desprotecção e uma privatização excessivas da Administração Pública, cujas prerrogativas se dissolveriam, com alegadas perdas para o interesse público, que deve tutelar. Mas o particular que assuma a cidadania, não sendo o cliente do *slogan* que lhe dá sempre razão, tem sempre dignidade, direitos, e não pode ser objecto e muito menos marioneta nas mãos dos aparelhos. A administração é para os Cidadãos, nunca o contrário.

Problemas de celeridade e eficiência, bem como representações e práticas ancestralmente enraizadas nas Administrações Públicas, contrapõem-se às novas regras do jogo, criando-se por vezes mal entendidos. Temendo-se que possam segregar-se ainda outros efeitos perversos de uma nova prática administrativa, abstractamente porejada de Direito, é certo, mas que na vida corrente da administração poderá induzir, por exemplo, à cautela de um excessivo formalismo ⁽¹¹⁸⁾.

No domínio administrativístico *lato sensu* foi ocorrendo (como

⁽¹¹⁷⁾ Sobre os vários tipos de representação, a obra de José Pedro Galvão de SOUSA e a síntese de Paulo Ferreira DA CUNHA, *Política Mínima*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 20, p. 198 ss.

⁽¹¹⁸⁾ Rogério EHRHARDT SOARES, *A Administração Pública e o Procedimento Administrativo*, in « Scientia Iuridica », XLI, n. 238-240, 1992.

vimos) primeiro a autonomização de diversos novos ramos (económico, urbanístico, autárquico, ambiental, etc.), que hoje se encontram já em boa medida consolidados, embora com muitas soluções naturalmente em aberto: o que é natural e desejável.

O Direito Penal procura agora um sereno e sábio reequilíbrio, após alguns exageros sociologistas que no passado ainda não muito remoto o sacudiram. Está porém a empreendê-lo num caminho estreito, mas correctíssimo, entre um coro que clama por ‘mão dura’ na punição (*law and order*, ‘tolerância zero’), e alguma prática casuística e atida à parte especial dos Códigos que alguns consideram tradicionalmente pouco permeável à doutrina. Um dos mais agudos reptos da prática (mas esta num outro plano) é ainda o gravíssimo problema prisional, não apenas de sobrelotação, mas da prisão enquanto « escola de crime » e efectiva forma de condenação à morte, pela agressão entre reclusos, muitos deles portadores de doenças contagiosas letais. Ao ponto de muitos a considerarem já como instituição plenamente caduca e falida ⁽¹¹⁹⁾ — ideia que se agrava com as notícias, cada vez mais frequentes, de violações de direitos humanos pelo globo fora, algumas perpetradas à sombra de uma legitimidade jurisdicional ou prisional ⁽¹²⁰⁾. Vivemos, aliás, no domínio teórico (e por vezes no prático, nalguns países, de que o Reino Unido fui pioneiro) um tempo em que a uniformização jurídica através da concentração e uniformização das penas (uma das muitas unificações jurídicas em crise) ⁽¹²¹⁾ se encontra ultrapassada: estamos na época em que as penas alternativas e « evolutivas » ⁽¹²²⁾ podem ser pensadas sem os preconceitos que levariam ao impres-

⁽¹¹⁹⁾ S. BISKER, *Les mesures alternatives à la prison*, Thèse, Paris, 1985; D. BRIGGES, *Fermer les prisons*, Paris, 1975; CHRISTIE, *Limits to Pain*, Oslo, 1981.

⁽¹²⁰⁾ À roda destes problemas, alguns casos in « Novos Estilos » e « Sub Justice ».

⁽¹²¹⁾ Giovanni TARELLO, *Storia della Cultura Giuridica Moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, II Mulino, Bologna, 1976; e PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Mythe et Constitutionnalisme au Portugal (1777-1826). Originalité ou influence française?* e Id., *Constituição, Direito e Utopia*, cit.

⁽¹²²⁾ Mireille DELMAS-MARTY, *op. cit.*, pp. 68 ss.

sionante filme *A Laranja Mecânica*, verdadeiro documento de uma época (123).

Verifica-se ainda no domínio criminal a tendência para a penalização de delitos económicos, fiscais e ambientais (124), assim como para a susceptibilidade de alguns (e curiosamente não só titulares do poder, mas mesmo particulares) à crítica ou à notícia menos discreta (sobretudo quando não sofreram na pele a censura e a repressão), e mais ainda à caricatura e à sátira (125). Entretanto, uma sentença portuguesa do meio do século reconhecera o direito natural ao riso e à paródia (126). Contudo, é preocupante a litigância contra quem exprime a sua opinião, ainda que em termos vigorosos. Sobretudo quando os litigantes são políticos, magnates, ou personagens públicas, com meios muito diferentes de simples jornalistas, articulistas, actores, ou afins. Que dizer da (auto-)censura nos casos de não sindicabilidade judicial da prática da liberdade de expressão: em empresas e até no Estado, quem os poderes sejam controladores ou hipersusceptíveis.

Apresenta-se, assim, como de difícil conciliação prática a protecção simultânea e equilibrada dos bens jurídicos como a dignidade, o bom-nome, a honra, o prestígio e respeito institucionais, e a da liberdade de imprensa e de palavra, e mesmo o dever de informação. Do mesmo modo que árdua se revela a compatibilização da protecção moral e patrimonial dos « criadores » originários, com a liberdade de criação e expressão cultural ulteriores, a qual muitas vezes se exerce através da crítica, da paródia e da intertextualidade,

(123) Anthony BURGESS, *A Clockwork Orange*, trad. portuguesa *A Laranja Mecânica*, Edições 70, Lisboa, 1991.

(124) Centro de Estudos Judiciários, *Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico*, Coimbra, 1985; Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Sobre o Papel do Direito Penal na Protecção do Ambiente*, 1978; AA.VV., *Direito do Ambiente*, Lisboa, 1994.

(125) Cfr. algumas causas nas publicações « Novos Estilos » e « Sub Judice »; MARIE-PIERRE STROWELL e Alain STROWELL, *La parodie selon le droit et la théorie littéraire*, in « Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques », 26, 1991. Cfr. ainda Alberto Pimenta, « Apresentação » a *Musa anti-pombalina*, Regra do Jogo, Lisboa, 1992, máx. pp. 13-14.

(126) Conforme recordado em programa televisivo pelo Prof. Dr. José Hermano Saraiva, advogado em tal causa, defendendo um conhecido humorista.

literária ou artística em geral ⁽¹²⁷⁾. Os direitos absolutos dos autores podem conflitar com o geral direito à cultura — ou vice-versa. Entretanto, e enquanto há grandes (e para alguns aparentemente ridículos) processos entre grandes companhias com base em direitos autorais banais ou com base em preciosismos legalistas, continua em muitos países a impunidade da generalizada fotocópia ilegal de obras impressas, pondo seriamente em risco a própria subsistência do livro enquanto veículo de cultura, em mais um exemplo quotidiano de capitulação do Estado ante a violação comum. Enquanto noutros aspectos concentra recursos e manifesta a sua *potestas*.

No cruzamento do constitucional e do penal, avultam em alguns países os problemas levantados pela necessidade ou o uso de os poderes usarem a lei e os aparelhos jurisdicionais clássicos para combaterem de forma dinâmica e por vezes alucinante manifestações igualmente feéricas de criminalidade, como o terrorismo, a corrupção, a pedofilia, ou o tráfico de droga ⁽¹²⁸⁾. E a tentação que eventualmente assaltará alguns de, nesses e até noutros casos, poder prescindir-se, *de iure ou de facto* ⁽¹²⁹⁾, de formalidades e garantias, e até simplesmente da equidade e da justiça, mormente na determinação e medida das penas ⁽¹³⁰⁾. Clama-se por tortura e pena de morte nalguns casos! O equilíbrio revela-se árduo, entre extremos altissonantes e sedutores ⁽¹³¹⁾.

Na doutrina penalista, para além da divisão entre o normativismo de inspiração neokantiana, de um lado, e o finalismo, de outro, têm os espíritos presentes as críticas que uma e outra das correntes foram suscitando. Daí que seja a teoria penal uma pedra de toque do geral relativismo céptico que hodiernamente sucedeu a

⁽¹²⁷⁾ Cfr., *v.g.*, Jacques SOULILLOU, *L'Impunité de L'Art*, Seuil, Paris, 1995; Marie-Pierre STROWEL e Alain STROWEL, *op. cit.*, pp. 23 ss.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. « Sub Judice », n. 3.

⁽¹²⁹⁾ L. FULLER, *The Morality of Law*, nova ed., Yale, 1969.

⁽¹³⁰⁾ Tulio CHIOSSONE, *La conducta de la autoridad como factor criminogeno*, « Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas », Caracas, 67, 1987; Thierry LEVY, *Le désir de punir. Essai sur le privilège pénal*, Fayard, Paris, 1979.

⁽¹³¹⁾ Gerry JOHNSTONE, *Between permissiveness and control: community treatment and penal supervision*, « Law and Critique », II, 1, 1991.

dogmatismos afinal bem voluntaristas. Não se quedando num contemplativismo desencantado, alguma doutrina — e nela é justo incluir a portuguesa — tem-se proposto trilhar caminhos de maior modéstia e acrescida dificuldade, pautados por uma preocupação a um tempo teleológica, racional e funcional ⁽¹³²⁾. Porém, alheio aos matizes, o homem comum sente-se sobretudo desprotegido, acossado mesmo, ante o aumento da criminalidade urbana e da sua publicitação, lamentando ou verberando o que considera ser impotência ou passividade das instâncias policiais e judiciais ⁽¹³³⁾. Fórmulas alternativas, mobilizadoras de avultados recursos, mesmo se muito publicitadas, ainda não convenceram o pacato cidadão, que se tornou muito permeável, pela insegurança, à propaganda demagógica do perigo da criminalidade. Algures no meio termo estará a verdade e a razão, entre os *media* sensacionalistas e os reaccionários populistas que clamam por mão dura, e os eternos optimistas do crime, que culpam a sociedade e até a aconselham que se vá acomodando a ele...

O direitos internacional está perante desafios muito interessantes, na encruzilhada com o penal e o constitucional (fala-se em constitucionalismo global, e afins) ⁽¹³⁴⁾: com meios de defesa dos direitos humanos e com ataques aos mesmos. Entretanto, o direito comunitário (a que hoje já se deveria chamar Direito Europeu, *tout court*, ou, no mínimo, para sermos rigoristas, Direito da União Europeia) impôs-se, tendo atraído muitos, e estando a solidificar a sua posição como um dos ramos mais importantes — até pela via

⁽¹³²⁾ Jorge DE FIGUEIREDO DIAS, *Sobre o estado actual da doutrina do crime*, « Revista Portuguesa de Ciência Criminal », 1, 1991.

⁽¹³³⁾ Numa perspectiva sobretudo sociológica, Cfr. I. Muñagorri Lagui (ed.), *La Protección de la Seguridad Ciudadana*, Oñati International Institut for the Sociology of Law, Oñati, 1995. “Utopicamente”, cf. Odile BERRYER, *Le Sultan*, Paris, Gallimard, 2008, p. 48 ss.

⁽¹³⁴⁾ Flavia PIOVESAN, *Direitos Humanos e a Jurisdição Constitucional Internacional*, in *Constituição e Democracia. Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*, máx. p. 119 ss.; Emerson GARCIA, *Influxos da Ordem Jurídica Internacional na Protecção dos Direitos Humanos: O Necessário Redimensinamento da Noção de Soberania*, in *Leituras Complementares de Constitucional. Direitos Fundamentais*, p. 65 ss.; Rafael BUSTOS GISBERT, *La Constitución Red: Un Estudio sobre Supraestatalidad y Constitución*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2005.

dos seus princípios do primado e do efeito directo ⁽¹³⁵⁾. Infelizmente, ainda muitos não se aperceberam desta nova centralidade epistemológica, e não só...

O direito privado mantém, naturalmente, o seu ancestral apuro técnico ⁽¹³⁶⁾, renovado com contributos que acompanham novas problemáticas. Há, evidentemente, muita coisa a repensar, neste nosso tempo de ruptura de hipocrisias e preconceitos, assim como de derruir de velhos mitos e ascensão de novos. E no terreno privatístico é que é mais complicado fazer passar ideias novas e ao mesmo tempo sensatas. Vários tipos de novidade têm vindo já a fazer-se sentir neste âmbito: além de algumas mudanças relativamente a matérias familiares e afins, certas visões, bebidas quicá na análise económica do direito, têm algum curso, sobretudo em matéria de seguros, acidentes, responsabilidade, etc. Assiste-se ainda a uma grande influência das mega-organizações (estaduais, para-estaduais e mesmo privadas) na conformação do tráfico *inter cives*, com prejuízo evidente da liberdade contratual, não só de estipulação (com proliferação de contratos normativos e contratos de adesão) como até de celebração (por via de situações de monopólio ou oligopólio, ao menos *de facto*). A legislação sobre condições gerais dos contratos e de protecção do consumidor ⁽¹³⁷⁾ em geral tem procurado suavizar esses males que, todavia, são indissociáveis dos tempos de gigantismo organizacional e debilidade da pessoa. Numa outra clave se chega mesmo a falar de morte do contrato ⁽¹³⁸⁾. Porém, a falta dessa seiva vital arrastaria, a breve trecho, a do próprio Direito, por inanição ou anemia.

Os direitos híbridos não se nos afiguram, porém, com grande fortuna no imediato. Mas vão crescendo os teóricos do direito agrário (até com *blogs*), da segurança social, ou mesmo do mais clássico

⁽¹³⁵⁾ Por todos, e com um olhar terceiro, Valescka e Silva BRAGA, *A Posição Hierárquica da Constituição (Panorama das consequências do constitucionalismo pluralista sobre as realidades da União Europeia e do Mercosul)*, in *Constituição e Democracia. Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*, máx. p. 505.

⁽¹³⁶⁾ Alejandro GUZMAN BRITO, *E1 Derecho, ciencia humanística o social? Y otros problemas*, « Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso », XII, 1988.

⁽¹³⁷⁾ Mário FROTA, *O Direito Europeu do Consumo*, Curitiba, Juruá, 2007.

⁽¹³⁸⁾ G. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio, 1974.

já direito do trabalho, que contam todos com alguns cultores de alto nível. E, neste último caso, a jurisprudência parece estar a optar por regras de equidade, mais do que pela adesão a elaboradas construções dogmáticas. O domínio laboral, sem dúvida mercê de razões económicas e sociais particulares, parece ser o único em que a litigiosidade não tem aumentado recentemente de forma exponencial.

Algumas inquietações nos percorrem ao assistirmos a um crescente tecnicismo dos juristas ⁽¹³⁹⁾, como que encerrando-se voluntariamente na segurança de uma torre de marfim, enquanto à sua volta os problemas clamam por compreensões globais e por menos cautelosos, mais apaixonados e inventivos empenhamentos ⁽¹⁴⁰⁾. E mais ou menos por toda a parte se assiste a fenómenos bastante idênticos no sentido ⁽¹⁴¹⁾, embora com tonalidades e sobretudo intensidades particulares. O tecnicismo e uma certa ausência de grandes sínteses e de verdadeiras propostas inovadoras parecem ser o principal e comum problema. Com exceção das referidas promessas altruístas e fraternas, que precisam ainda de tempo, engenho e sorte para fazerem o seu caminho.

A condição de jurista é complexa. O bom jurista deve conhecer o mundo sem nele se deixar envolver demasiado. Deve ser, obviamente, ímpoluto, virtuoso, mas normal: sem jamais aspirar à pretensa pureza desses ‘puros’ que Vinicius de Moraes ⁽¹⁴²⁾ nos parece retratar como um tipo-ideal muito socialmente funesto. Citemos apenas as passagens mais significativas para o Direito:

⁽¹³⁹⁾ Orlando DE CARVALHO, *Para uma Teoria Geral da Relação Jurídica Civil*. I. *A Teoria Geral da Relação Jurídica. Seu sentido e limites*, 2ª ed. actual., Centelha, Coimbra, 1981, máx. pp. 7-15; Sebastião CRUZ, *Direito Romano*, I. *Introdução*. Fontes cit., máx. pp. 609 ss.; Rogério Ehrhardt SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Atlântida, Coimbra, 1969, máx. pp. 186-89 (nova ed. em 2008).

⁽¹⁴⁰⁾ Jesús Ignacio MARTINEZ GARCÍA, *La Imagenación Jurídica*, Madrid, Debate, 1992; Carlos PETIT (ed.), *Pasiones del jurista: Amor, Memoria, Melancolía, Imaginación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997. E, antes de mais, o clássico C. Wright MILLS, *The Sociological Imagination*, London, Oxford University Press, 1970.

⁽¹⁴¹⁾ François VALLANÇON, *De l'hospitalité selon Philémon et Baucis*, in « Fides. Direito e Humanidades », III, 1994, p. 189 *et passim*.

⁽¹⁴²⁾ Vinicius DE MORAES, *Carta aos Puros, Poesia Completa e Prosa*, org. de Alexei Bueno, Rio de Janeiro, Nova Aguilar, 1998, pp. 433-435.

Ó vós que vos comprais com a esmola feita aos pobres
Que vos dão Deus de graça em troca de alguns restos
E maiusculizais os sentimentos nobres
E gostais de dizer que sois homens honestos.
Ó vós, falsos Catões, chichibéus de mulheres
Que só articulais para emitir conceitos
E pensais que o credor tem todos os direitos
E o pobre devedor tem todos os deveres.

Poderá haver um futuro sem Direito e sem juristas, ou com um Direito transfigurado em tom menor e juristas apagados e até vis, uma justiça de técnicos sem rosto e sem coração. Seria, porém, uma infernal distopia. A invulgar craveira e coragem de muitos juristas coevos, aliada à generosidade que sentimos pulsar em tantos dos nossos Estudantes, são garantia de que subsistem grandes esperanças, e de que o Direito contemporâneo, em luta consigo próprio, está conquistando o seu lugar no futuro.

MICHAEL STOLLEIS

VORMODERNES UND POSTMODERNES RECHT (*)

Noch vor etwa einer Generation schien die Welt des Rechts, wenn man sie als Anfänger betrat, relativ übersichtlich. Man unterschied Privatrecht einerseits und öffentliches Recht samt Strafrecht andererseits. Im Privatrecht herrschte die « Privatautonomie », freilich im Rahmen der Gesetze und Gesetzbücher, begrenzt durch die Rechtsgüter Anderer, durch die guten Sitten, die Verbote der Ausbeutung oder der vorsätzlichen Schädigung. Diese Schranken gehörten, auch wenn sie im Privatrecht zu lesen waren, eigentlich ins öffentliche Recht, also in das Reich der hoheitlichen Gebote. Dort gab es eine « Normpyramide », an deren Spitze der Satz von der Menschenwürde in Artikel 1 des Grundgesetzes stand.

Dann ging es nach unten: die Normen des Grundgesetzes, die Bundesgesetze sowie die « allgemeinen Regeln des Völkerrechts », die Bundesrechtsverordnungen, unter diesen dann die Normen der Landesverfassungen, der Landesgesetze, der Rechtsverordnungen des Landes und schließlich die kommunalen Satzungen. Darunter gab es nur noch Normen « ohne Außenwirkung ». So fand man sich in der Normpyramide zurecht, erlernte Kollisionsregeln und konnte erklären, was passiert, wenn eine Norm mit höherrangigem Recht « kollidierte ».

Dann erfuhr man noch, daß auch die privatautonomen Subjekte durch Verträge in gewisser Weise Recht setzten (aber « nur für sich ») und daß Richter durch die Entscheidung von Fällen an der Ausgestaltung des Rechts teilnahmen, obwohl sie ihrerseits an das Gesetz « gebunden » waren. So schien das zu sein — jedenfalls aus der Perspektive der Lehrbücher.

(*) Una precedente versione del saggio è comparsa in « Merkur », 5/2008.

Das Modell der nationalen parlamentarischen Demokratie, die den Bürgern im Innern Privatautonomie und Schutz vor Rechtsbrechern, jenseits der Grenzen aber Schutz vor Angreifern verspricht, muß heute unter neuen Rahmenbedingungen umgestaltet werden. Der komplex aufgebaute deutsche Bundesstaat wird Schritt für Schritt Teil eines ebenfalls föderativen europäischen Verbundes. Dort gibt es Organe, die auf ihre Weise bindende Normen erzeugen, auch durch Rechtsprechung in Luxemburg und Straßburg, um sie in vielfältigen Formen und Nationalsprachen auf die Bürger herabschneien zu lassen. Aber damit nicht genug: Das moderne internationale Recht kennt Institutionen, die — wenn sie einmal durch den Konsens der Nationalstaaten errichtet sind — selbständig Normen erlassen oder Fälle entscheiden dürfen. Einhundertfünfundzwanzig derartige « International Courts and Tribunals », Schiedsgerichte und Schlichtungsinstanzen soll es geben ⁽¹⁾.

Schließlich kommt massenhaft « Recht » hinzu, das sich weder direkt noch indirekt demokratisch legitimieren kann. Es sind « Normen » globaler, sich selbst regulierender « Systeme », also Weltkonzerne, Kommunikationsnetzwerke, marktregulierende Verbände, die ihre spezifischen Regeln schaffen und sie ihren Mitspielern auferlegen. Es beginnt mit den kleingedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und es endet mit weltumspannenden Regelwerken von Monopolisten, denen sich der Einzelne fügen muß, wenn er die angebotene Dienstleistung oder Information erhalten will.

In der neueren rechtstheoretischen, europa- und völkerrechtlichen Debatte ist deshalb permanent von « Mehrebenen-Modellen » die Rede. Die Rechtsordnung ist keine Pyramide mehr. Das Springen von Ebene zu Ebene läßt die Kollisionsmöglichkeiten anwachsen. Zugleich muß der Bürger, der sich wehren will, über mehr sprachliche und finanzielle Gewandtheit verfügen. Wer « einfacher Bürger » ist, tastet sich nicht nur durch einen Dschungel von national gesetztem Recht, internen Ausführungsnormen und Recht-

⁽¹⁾ Vgl. Andreas FISCHER-LESCANO / Gunther TEUBNER, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt, Suhrkamp, 2006.

sprechung, er erfährt auf seinem Gang durch die Ämter auch die europa- und welthandelsrechtlichen Vorgaben und stößt am Ende auf nicht-staatliche Regelwerke, die ihm vor allem dann entgegen-treten, wenn er den Befehl « Klicken Sie hier » befolgt.

Damit öffnet er die Tür in die Zauberwelt der nichtregulierten Regulierung, in die er hineinfällt wie Alice ins Wunderland. Dort werden Preise ausgelobt, man wird zu einem Gewinn beglück-wünscht, hier gibt es Versteigerungen, dort werden Millionen von Petrodollar oder zweifelhafte Erbschaften aus Nigeria angeboten, alles in einer Grauzone von kriminell bis « noch erlaubt », aber immer nur für diejenigen, die sich den Regeln der Anbieter beugen. Der Markt verlagert sich ins Internet, die geklaute Geschäftsidee umrundet den Erdball, die Täter mit ihren Regelwerken sitzen möglicherweise auf ausgedienten Bohrinseln und beanspruchen den völkerrechtlichen Status eines souveränen Staats (« Sealand »).

So türmen sich das lokale Recht, das Recht der Bundesländer und des Bundes übereinander, überwölbt vom Verfassungsrecht, neben diesem das in sich gestufte Europarecht, das staatlich legiti-mierte internationale Recht, und dazwischen das neuerdings wuchernde nichtstaatliche Recht. Alle sind mit unterschiedlichen Anknüpfungspunkten versehen, entsprechend dem multiplen Rollen-spiel der Individuen und Gruppen. Diese normative Komplexität tritt den Menschen aber auch in ihrem Alltag entgegen. Überall erleben sie die Diversität « normativer » (meist moralischer) Katego-rien. Auf der Straße und im Betrieb treffen sie auf Menschen ander-er Kulturkreise, die ihre eigenen moralischen Normen und Rollen-verständnisse, ihre Ehre und ihr eigenes Recht mitbringen. Die multikulturelle Lebens- und Normwelt ist mitten unter uns, ob wir die Nase darüber rümpfen oder nicht. Wir leben in einem Land mit einem wachsenden Anteil von Menschen, die auf ihrem Rücken nicht nur ihre Habe, sondern auch ihren Rechtsstatus mit sich tra-gen.

Diese jedem aufmerksamen Zeitgenossen wohlbekannten Vor-gänge nähren das Gefühl, auch der Staat sei nur noch ein Schatten seiner selbst. Gewiß reguliert und kontrolliert er unaufhörlich, sorgt für unsere Grundbedürfnisse und entsorgt normalerweise un-sere Abfälle, er belastet uns als Steuerstaat und verteilt als Sozial-staat gleichermaßen enorme Summen. Er bildet das wie eine zweite

Haut uns angewachsene normative Kleid. Dennoch wirkt er, eingesponnen in europäische und internationale sowie nichtstaatliche normative Netzwerke wie ein Ritter, der nur noch mühsam gehen kann. Seine Bürger leben in « Parallelwelten des Rechts » (Miloš Vec).

Wenn von Mehrebenen-Modellen die Rede ist, dann dient dies zunächst der Beschreibung der Komplexität. Die Metapher gibt eine Vorstellung davon, wie die Normenvielfalt geordnet sein könnte. Dann geht es aber auch um die Entwicklung von Kollisionsregeln, wenn sich die Ebenen schneiden. Für die Rechtstheoretiker ist dies Anlaß, den traditionellen staatsorientierten Rechtsbegriff zu überprüfen und auf neue Phänomene auszuweiten. Mit der Folge freilich, daß jede Ausweitung auch bedeutet, das schützende Gehäuse des staatlichen legitimen Gewaltmonopols ein Stück weit zu verlassen. Je weiter man sich von dieser Errungenschaft der Moderne entfernt, desto mehr gilt das Recht des wirtschaftlich oder politisch Stärkeren.

In dieser Weise wird der Staat der Neuzeit nun historisch. Er verschwindet nicht, aber er wandelt sich fundamental. Der Staat ist nicht mehr raumbundene rechtliche Herrschaft über Staatsbürger. Die Bindung an den Raum löst sich auf, wir tendieren zur fliegenden, ruhe- und ortlosen Weltgesellschaft. « Atopia » hat dies der Bielefelder Soziologe Helmut Willke genannt. Die Staatsgewalt ist nicht mehr als Einheit faßbar. Sie ist durchlöchert von intermediären Gewalten, nichtstaatlichen Mächten, an die der Staat immer neue Aufgaben delegiert. Das Staatsvolk wird immer mehr zur durchmischten Wohnbevölkerung von Einheimischen und Immigranten, ausgestattet mit mehreren Identitäten, Steuerwohnsitzen und Reisepässen, fluktuierend von Wohnsitz zu Wohnsitz. Wie soll sich da künftig eine von oben nach unten wirkende Staatsgewalt denken lassen? Was im 17. Jahrhundert mühsam errungen wurde, die Einheit der Staatsgewalt gegen regellose private Gewalt und lokale Kriegsherren, verflüchtigt sich nun wieder.

Wir lassen also den Leviathan hinter uns, den aus der Not des Fehdewesens, der alltäglichen Gewalt, der Selbstzerfleischung durch Religionskriege geborenen Beherrscher. Er war der Garant des inneren Friedens und der « Einheit der Rechtsordnung », jener magischen Metapher also, die suggerieren konnte, alles Recht füge

sich im Prinzip systematisch zusammen, lasse sich aus einem Punkt begreifen und könne deshalb auch in besonderer Weise Gehorsam beanspruchen. Wir haben ihn durch Grundrechte gezähmt, eine ideelle Sphärentrennung von Staat und Gesellschaft vorgenommen und insbesondere das zerstörerische Potential der religiösen Orientierung teils ins Private abgeschoben, teils in den « Rahmen der Gesetze » gefaßt. Auf diese Weise ist der Leviathan zum nützlichen Haustier geworden ⁽²⁾. Das war ein langgestreckter Prozeß von rund dreihundert Jahren, dessen Ende der moderne National- und Verfassungsstaat bildete.

Bis zur Französischen Revolution gehörte die Parallelität der Rechtswelten ebenso zum Alltag wie die alltägliche Ungleichheit. Die Menschen lebten in ungleichen « Ständen », in Geburts- und Berufsständen, als Lehnsherr und Vasall, in den Unterschieden der Lebenssituation (Jungfern- und Junggesellenstand, Ehestand, Witwer- und Witwenstand). Kaiser, König, Edelmann, Bürger, Bauer, Bettelmann — so war die Welt geordnet. Alt und Jung, Kind und Kegel (das nichtehelich geborene Kind), Mann und Frau hatten unterschiedliche Rechte. Die soziale und politische Welt war nur lesbar als ungleiche, und das heißt als eine Welt mit einer Fülle verschiedener und sich überschneidender Rechtskreise. Diese Vielfalt schien nur beherrschbar, wenn der Einzelne möglichst in seinem Rechtskreis verharrte. Um den sozialen Stufenbau insgesamt intakt zu halten, predigten die Kirchen, man solle seinen Stand und Rechtskreis als gottgewollt annehmen und darin verbleiben. Nach Gleichheit aller zu verlangen, sei sündhafter Hochmut, erklärbar nur als Einflüsterung des Teufels.

Solange die soziale Dynamik noch durch Überredung gebändigt werden konnte, folgte auch die Rechtswelt diesem Muster exakt. Der zinspflichtige Bauer lebte unter dem überlieferten oder von der Herrschaft « gewiesenen » Dorfrecht, der ihn beherrschende Graf folgte dem Lehnsrecht, der Kleriker dem Kirchenrecht, Mönch und Nonne der jeweiligen Ordensregel. Der Handwerker hatte Zunftrecht und Stadtrecht zu beachten, der Kauf-

⁽²⁾ Vgl. Erhard DENNINGER, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, Nomos, 1990.

mann handelte auf dem Markt nach den Regeln des mittelalterlichen Handelsrechts, in der Stadt aber wiederum nach Stadtrecht. Das Gesinde hatte den Regeln des Gesinderechts zu gehorchen, für das fahrende Volk galten mindestens die Polizeivorschriften der Länder und Städte, die sie berührten.

Die sozial und rechtlich geschichtete, ungleiche und konfliktreiche Gesellschaft kam an ein Ende, als die Predigt von der gottgewollten Ungleichheit an Kraft verlor, als die Ständeordnung sich ökonomisch auflöste und das Bürgertum die Vorrechte des Adels zu bezweifeln begann. Das nun in ganz Europa in der Juristenausbildung gepflegte « Naturrecht » lehrte die Gleichheit alles dessen, was Menschenantlitz trägt. Die Aufklärung forderte « Vernunftgründe », wenn es Ungleichheiten geben sollte. Alle Privilegien gerieten ins Zwielflicht. Am Ende brach die Ständeordnung zusammen, die Ungleichheiten wurden zerschlagen, alles mündete in die « Nation ». Im Prinzip sollten hier nun alle gleich und frei sein. Das bedeutete zugleich eine ungeheure Vereinfachung der Rechtsordnung: nicht mehr gestufte Vielfalt sich überschneidender Rechtskreise oder mehrdimensionale Netzstrukturen, sondern gleiches Recht für alle Mitglieder der Nation. Für diejenigen, die nicht dazugehören, galt Fremdenrecht.

Dieser nach innen und außen souveräne Nationalstaat mit homogener Bürgerschaft, mit gleichen Entfaltungschancen und einer für alle verbindlichen Kodifikation des Rechts ist zwar nirgends rein verwirklicht worden. Aber es war zunächst einmal ein Leitbild. Dieses bekam durch die Weltkriege erhebliche Risse und wurde schließlich durch die weltweite Vernetzung der Verkehrs- und Kommunikationswege der Gegenwart immer unkenntlicher. Über kurz oder lang mußten neue Leitbilder auftauchen. Eine im Kern optimistische Variante, die auf eine aufgeklärte globale Zivilgesellschaft hinausläuft, sieht selbst-regulative normative Netzwerke vor. In ihnen sollen sich regionale kulturbedingte Gravitationsfelder bilden, in denen die Universalien der Weltgesellschaft ihre Grenze finden (Gunther Teubner). Das ist nichts anderes als die ins Rechtliche übersetzte Vision von nicht mehr nationalstaatlich oder imperial abgesteckten Machtsphären, sondern von einem Mit- und Nebeneinander verschiedener normativer « Kulturen ».

Wer nicht als Bellizist erscheinen und vom « clash of civilizati-

ons » reden will, kehrt auf diesem Weg zu einer erneuerten juristischen « Kulturkreislehre » zurück. Was in den Menschenrechtserklärungen und Internationalen Gerichtshöfen in die Universalität drängt, soll wieder schonend zurückgenommen und « regionalisiert » werden, um den Vorwurf des normativen Kolonialismus zu vermeiden. Das klingt sanft und vermittelnd, zugleich realistisch, weil ein globaler Rechtsbegriff mit einem ebenso globalen Gleichheitspostulat unerreichbar scheint. Aber man mache sich keine Illusionen: Mit der Wiederkehr des vorstaatlichen Rechtspluralismus könnten auch die vorstaatlichen Übel wiederkehren.

Diese Übel bleiben nicht in ihren Kulturräumen, sondern dringen über die Globalisierung selbstverständlich überall hin vor. Die älteren Kulturkreislehren — Oswald Spengler, Leo Frobenius, Arnold J. Toynbee — beruhten darauf, dass die Kreise sich nur an den Rändern berührten. Lebt die Menschheit aber auf enger werdendem Raum kulturell gemischt, dann steigen die alten Konflikte wieder auf — mit dem historischen Unterschied, daß in der europäischen frühen Neuzeit eine die Konflikte bremsende christliche Ständelehre und ein Tugendkatalog homogenisierend wirkten.

Davon kann in der Weltgesellschaft nicht mehr die Rede sein. Traditionalistisch geschlossene Lebensentwürfe finden sich mitten in der tabulosen Spaßgesellschaft, rigorose normative Strenge neben « Anomie », Geschlechtertrennung (und Frauenunterdrückung) neben fluktuierender « Transsexualität » und « Love Parade »-Stimmung. In den wuchernden Megastädten der Moderne gibt es alles nebeneinander — und das zugleich weltweit vernetzt. Mit anderen Worten: Wenn die zivilisatorischen Mittel nicht mehr prinzipielle Gleichheit und Gewaltfreiheit, rechtliche Formalisierung und Distanzierung durch Grundrechte heißen, kehren Ungleichheit und Gewalt massiv zurück. Die Fraktionierung der als einheitlich gedachten Rechtsordnung wird ihren Preis haben.

Aus krummem Holz geschnitzt, werden sich die Menschen zu behelfen suchen. Sie werden in lokalen Räumen Normkollisionen möglichst auflösen, um « vor Ort » in Frieden zu leben. Die Staaten, die ihre Souveränität an höhere Einheiten abgegeben haben, werden immerhin als höhere Selbstverwaltungseinheiten die örtliche Gewaltfreiheit und eine wenigstens prinzipielle Gleichheit garantieren müssen. Je weiter man freilich von der lokalen Ebene

nach oben aufsteigt, um bei weltweiten normativen Netzwerken anzukommen, desto pluraler wird das Bild. Pluraler heißt aber keineswegs harmonischer, sondern konflikträchtiger.

Denn konkurrierende Normsysteme, die nicht durch akzeptierte Kollisionsregeln entschärft oder universalistisch homogenisiert werden können, produzieren Reibungen — und diese produzieren Hitze. Globalisierung führt zu mehr Erfahrung von Fremdheit. Das bedeutet zwar eine Zunahme an Informationsmöglichkeiten, aber keineswegs ein automatisches Wachstum von Toleranz, sondern möglicherweise das genaue Gegenteil. Was man in der Vormoderne wegen der Ortsbindung der Menschen gar nicht kennenlernen konnte, macht sich nun vor der eigenen Haustür breit.

Es wird nichts anderes übrigbleiben, als diejenigen Räume miteinander zu vernetzen, in denen ein demokratisch kontrolliertes und durch Verfassungsbindungen gezähmtes Gewaltmonopol herrscht. Dort können auch illegitime Ungleichheiten abgebaut werden, sei es durch Förderung, sei es durch Diskriminierungsverbote. Das ist die für das europäische historische Bewußtsein unverzichtbare Basis. Im Übrigen werden wir mit der Fragmentierung der Weltgesellschaft und ihres Rechts leben müssen ⁽³⁾. Eine homogene Weltgesellschaft und ein entsprechend monistisches Rechtsmodell sind auch auf längere Sicht unerreichbar, ja nicht einmal wünschenswert, weil sie die Unterdrückung kultureller Diversitäten implizieren. Sie mögen ein attraktiver rechtstheoretischer Denkansatz sein, aber sie widersprechen der historischen Erfahrung, die da lautet, daß ungerechtfertigte Ungleichheiten als ungerecht empfunden werden und Konflikte generieren.

Und im historischen Rückblick läßt sich sagen: Der Aufbau des legitimen Gewaltmonopols war ein mühsamer Prozeß der Domestizierung. Viele Machtträger mußten enteignet und anderweitig abgefunden werden. Die Zusammenballung von regulativer Macht in einer Hand war gefährlich, gewiß. Aber gerade diese Zusammenballung produzierte auch die Gegenkräfte der konstitutionellen Bindung der Macht, die Gewaltenteilung, den Rechtsstaat und das

⁽³⁾ Vgl. Erhard DENNINGER, *Recht in globaler Unordnung*, Berlin, Berliner Wissenschaftsverlag, 2005.

Postulat der Rechtsgleichheit. Dieses normative Bild erweist sich nun als zu idyllisch. Die Distanz zur Realität wird deutlich größer. Die wohl auf Dauer inhomogene Weltgesellschaft wird neue Binnendifferenzierungen und Verfahrenssicherungen ersinnen müssen, um das Leben im globalen Dorf gewaltfrei und menschenwürdig zu halten.

Lecture

LUCA BASSO, *Individuo e comunità nella filosofia politica di G.W. Leibniz*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005, 323 pp.

Le righe conclusive dei *Nuovi Saggi* suonano: « E quando considero quanto hanno progredito gli uomini in conoscenza da un secolo o due, e quanto sarebbe facile per loro procedere incomparabilmente più avanti per diventare più felici, non dispero che si possa pervenire a qualche miglioramento considerevole, in un tempo più tranquillo, sotto qualche gran principe che Dio potrà far sorgere per il bene del genere umano ». Di questo « tempo più tranquillo » il ‘secolo lungo’ non avrà contezza, paradossalmente convinto, con lo stesso Leibniz, che il progresso è l’inferno dei dannati. Rimbaud: « Le progrès. Le monde marche. Pourquoi ne tournerait-il pas? » (*Une saison en enfer*).

Non solo il male esiste per Leibniz, ma esso esiste *necessariamente*: la suprema ironia divina fa sì che i dannati lascino involontariamente libera una quantità infinita di progresso possibile e la loro punizione ‘in vista’ del bene generale assicurato dal progresso non fa leva su una logica di reversibilità (e dunque compensativa) dei fenomeni, ma esattamente sulla sua impossibilità. La deviazione leibniziana dalla logica della compensazione a favore della morale del progresso alla quale si compongono bene e felicità non è senza significative oscillazioni tra una logica di equilibrio o bilancia degli *ordini* di un mondo ripartito in via securitaria in zone distinte e simmetriche (accumulo di male e infelicità da un lato, e di bene e felicità dall’altro) e una logica delle dinamiche del possibile e del loro incremento che fa leva sulla riscoperta della natura dell’anima come unità inestesa di forza che si compone con altre in un sistema dinamico che ne esprime il complesso delle relazioni. La preminenza del bene pubblico rispetto al bene proprio non significa che il secondo venga annullato, si tratta piuttosto di riconoscere il rapporto tensivo, sostenuto da una logica dell’incremento (del bene e del male) o di un *progressus in infinitum* il cui esito finale (la coincidenza di bene comune e bene dei singoli) non è predeterminato ma aperto a imprevedibili capovolgimenti, che resta perciò alla politica governare. Se il progresso è un processo capace di capovolgere la *Unruhe* (inquietudine, in ripresa estensiva della *uneasiness* lockeana) in tensione produttiva, in progresso perpetuo « verso nuovi piani e nuove perfezioni », allora il bene comune risulta connesso con l’incremento che ciascuno è in grado di apportare. Armonia si produrrà allora nella massima tensione tra comune e individuale. Per questo lato la politica

è intesa come governo di un processo in avanti il cui esito non è scontato né predeterminato, ma aperto e contraddittorio.

Nel nesso inscindibile di progresso-felicità-inquietudine, armonia torna a essere una parola-chiave della politica: armonia come « diversità compensata dall'identità », come l'« uniformemente dissimile », una 'dilettevole variazione' ma ridotta in unità computabili, 'ben disposta e collegata'. Tener fermo al chiaroscuro del mondo, al suo canto intessuto di dissonanze nelle quali soltanto risuona armonia, questo il progetto leibniziano.

L'abbandono della causalità scolastica a favore di una gradualità del continuo, del tendere produttivo, del finalismo immanente tiene dunque la barra in direzione della morale del progresso, di cui il lavoro di Basso rifiuta tuttavia la lettura in termini di un utilitarismo *in pectore* scegliendo invece il sentiero accidentato di un problema continuamente ripensato, quello della giustizia, alla luce del quale ridefinire il rapporto tra politica e metafisica. La distanza di Leibniz da logiche di equilibrio è anche distanza dalle declinazioni aristoteliche della giustizia come medietà. Pensare la politica *pros heteron*, nella sua costitutiva qualità relazionale, revoca la centralità del 'proprio' a favore dello scambio continuo tra 'proprio' e 'altrui'. Il nesso stringente di politica e etica permette così per certi versi la riattivazione di una movenza 'aristotelica' che assegna alla comunità politica il ruolo di soggetto. La sinonimia di continuo affermata di 'comune' e 'pubblico' — all'interno di una tensione tra *connexio* estrinseca e *communio* intima — non può a meno di un tentativo di giuridizzazione del comune, che si mostra però solo come il lato visibile della persistenza del problema della giustizia.

Leibniz, stringendolo nelle maglie della tripartizione del diritto in *ius strictum/aequitas*/giustizia universale, non esita a comporre Platone e Aristotele con la *Civitas Dei* agostiniana. La giustizia universale, ultimo e supremo grado del diritto, connette amore e giustizia, auspicando del primo — nella figura del sapiente la cui giustizia è carità, amore della sapienza o saggezza, dedizione dell'animo alla connessione dell'intero — il massimo potenziamento. Basso mostra che in Leibniz è all'opera, anche sul piano dei riferimenti a tradizioni di pensiero antico e medievale, una logica di 'fusione degli orizzonti' che si lascia alle spalle la meccanica della scansione epocale intesa fare di ogni epoca un preparato modellistico che pretende all'autoconsistenza. L'opzione leibniziana non è restaurativa della concezione 'antica' del giusto bensì segno di un rifiuto della riduzione moderna del problema della giustizia al rispetto di un rapporto formale di comando e obbedienza. Non un'ottica meramente compositiva di politica e morale troviamo in Leibniz, bensì la dislocazione di entrambe nel punto di fusione del posto altrui o punto di vista dell'altro: *il faut se mettre à la place d'autrui*, ecco la morale e la società.

E però il problema dello statuto onto-teologico del singolo (statuto nel quale gioca un ruolo la teologia delle Persone divine), del rapporto anima-corpo e della loro unione, condizione del rapporto reciproco tra le anime, riesce di continuo, sintomo di un'impossibile chiusura dello scarto tra metafisica e politica, tra monadologia e progettualità. A partire dalla formulazione della nozione di dinamica (soprattutto nell'ultimo periodo della speculazione leibniziana, dal 1690, nei *Nuovi Saggi* e nella *Teodicea*) il legame essenziale dell'azione e della sostanza è costantemente reiterato. Solo l'indagine metafisica delle monadi (molteplicità di sostanze individuali situate al di là di ogni rapporto con l'estensione: contro il dualismo cartesiano e contro il monismo spinozista) può dare la determinazione concreta dell'agire, della 'ininterrotta attività'. In effetti, l'inclusione dell'evento nella nozione di sostanza individuale nella sua libertà e nel perfezionamento o progresso delle sue appercezioni, conduce alla dottrina dell'espressione che fa della monade uno 'specchio vivente', una rappresentazione individuale e universale dell'intero universo e non di una sua parte soltanto. Nella prospettiva il 'soggetto' perviene al 'punto di vista', definendosi così come tale. La dimensione propria della monade è l'agire perché essa è unità di forza, componibile in un sistema dinamico in cui l'espansività del presente (« il presente è gravido di futuro ») ne è la condizione materiale di possibilità. L'individualità è prassi, è 'da sempre' intreccio insolubile di etica, politica e diritto. Ecco che l'azione, rigorosamente individuale, integra distintamente l'ordine universale nell'interiorità espressiva della monade. La dottrina del bene generale o comune traduce coerentemente sul piano etico e politico questa accezione non individualista della individualità universale.

Non si tratta tuttavia di una soluzione ma di una nuova soglia problematica. Infatti il carattere insolubilmente *immanente* e non transitivo dell'agire in Leibniz rende costitutivamente aporetica la relazione — assunta come centrale — tra individuo e comunità. Se l'agire è sempre agire *dall'interno* e *sull'interno* della monade, ogni 'passaggio' dalla monade all'individualità come prassi parrebbe dover consumarsi o nella rivendicazione (rivolta contro Hobbes) di una 'libertà di giudizio', o in uno scioglimento dell'agire in una inesausta inventività che trascende ogni tentativo di fondare la pratica su una rigorosa concatenazione di concetti e sillogismi, mera derivazione e applicazione di una costruzione concettuale rigorosa. Basso mostra invece come, in definitiva, il passaggio dalla monade all'individuo come orizzonte problematico della politica richieda il 'salto' del pensiero della pratica, il *cogitare practice*.

Abissale la distanza tra questo esito problematico leibniziano e l'individualismo moderno, che ancora sarà costretto a misurarsi con la matrice teologico-giuridica della nozione di persona. Che l'ambito della *persona* possa essere in effetti un tramite alla valorizzazione leib-

niziana dell'individualità si evince dalle pagine che il lavoro dedica alla concezione leibniziana della politica e in particolare alla concezione della repubblica e alle sue concrete determinazioni istituzionali, segnate da un coerente impiego dello spettro semantico della persona civile e della persona naturale: « Respublica est una persona civilis, sed in qua naturales sunt in perpetuo fluxu ». Tale spettro semantico rimanda in definitiva all'orizzonte della rappresentanza la cui matrice giuridica corporativa è sottoposta da Leibniz a inaudite tensioni metafisiche nella *représentation* monadologica. In altri termini: la relazione tra l'impianto monadologico e il problema *politico* dell'individuo nel suo rapporto alla comunità è tale che quest'ultimo non può essere inteso come mera duplicazione concettuale della monade.

Dunque, contro la separazione moderna di 'teoria' e 'prassi', Leibniz intende riattivare la dimensione del *cogitare practice*, del pensare *nella* pratica e a partire da questa, in un'ottica in cui l'agire in situazione concreta disloca di continuo le condizioni della teoria. Scevro da irenismi, Leibniz non esita a fare della guerra il campo privilegiato di un'inaudita alleanza di teoria e pratica, sicché pare del tutto legittimo chiedersi se alcuni sviluppi della filosofia leibniziana non siano determinati dalla intersezione dell'orizzonte della giustizia con quello della guerra e dello *jus gentium*. In ogni caso, la politica appartiene interamente agli ambiti catturati dalle 'verità di fatto' (ossia le verità il cui opposto è possibile); viene ripetuto così un rapporto tra politica e contingenza che la scienza politica moderna aveva escluso.

Al contempo, Leibniz non rinuncia alla formulazione *in politicis* di un metodo rigoroso. Alla politica, infatti, più che al diritto — combinatoria la prima, analitico il secondo — spetta priorità. La ricostruzione del percorso leibniziano dell'individualità richiede che si consideri come significativo uno scenario in cui è protagonista una pluralità di situazioni e figurazioni autoritative. Dubbioso dell'autoconsistenza del moderno, Leibniz appare straordinariamente consapevole dell'esito di spoliticizzazione inscritto nell'artificialismo (segnatamente in Hobbes e Pufendorf, con i quali egli avvia una lotta senza esclusione di colpi) e della riduzione dell'individualità a punto geometrico, a serialità. Esiziale gli pare la riduzione artificialista della politica a dispositivo di pacificazione di conflitti dilaceranti tra individui intesi come atomi irrelati e impermeabili dall'esterno, il cui unico vincolo è la comune sottomissione al corpo politico. I limiti dell'artificialismo contrattualista (e del suo esito, la sovranità) risaltano specialmente riguardo al terreno del 'comune' e della 'giustizia' e del loro radicamento ontologico, esclusivo di ogni *creatio ex nihilo*. La prospettiva che con Leibniz si apre non è quella della sovranità moderna ma quella della relazione tensiva tra universalità e particolarità pensate come struttura della consistenza di individuale e comune; e ciò significa *in politicis*: di principe e popolo.

Non estraneo a dimensioni ancora propriamente cetuali, il popolo di Leibniz non è pensato come incarnazione dell'unità politica bensì come unità di differenze, animata da una pluralità di « soffi particolari »; di fronte a esso, il principe si presenta come realtà monadica, ed entrambi sono complicati nella comune tensione verso la giustizia. La via battuta da Leibniz non è l'identità hobbesiana tra re e popolo ma le dinamiche di composizione e scomposizione delle parti. Popolo viene così a ricoprire un'area semantica nella quale comunità da un lato e società dall'altro seguono tracciati in parte diversi (*utilitas* e *commoditas* spettano alla società secolare e non alla comunità, che fa leva su intimi rapporti). È qui che la nozione di *civitas* ingloba quella di *societas* ed è a questa sovraordinata. Resta cogente il riferimento alla *summa potestas* ma non come perno di una costruzione artificiale dell'unità politica, bensì di una messa in forma politica in grado di fare coesistere, nel gioco delle armonie e delle dissonanze, una pluralità di soggetti (individui e gruppi) in una dimensione unitaria che non sia rigida *reductio ad unum*. In un mondo costituito di unità di forza plurali, la *ricerca* dell'armonia come elemento unificante interno alla profonda differenziazione dell'esistente non si limita ad assumere come data la pluralità degli orizzonti, bensì mira alla loro valorizzazione politica.

« Dove c'è continuo uso della *summa potestas* — scrive Leibniz — là si deve continuamente deliberare in comune », perché è nelle assemblee degli stati, dei regni e delle province che si manifesta « la volontà delle nazioni ». La relazione hobbesiana singoli-comunità politica (esclusiva di ogni realtà intermedia) è da Leibniz lasciata alle spalle al fine di valorizzare le articolazioni concrete della società. Queste sono talmente complesse nei loro inscioglibili nessi interni che i corpi politici composti paiono finalmente immuni da quei processi di meccanica dissoluzione che corrodono *ab initio* dall'interno il potente Leviatano.

La ricerca di Basso muove dunque in una direzione che, nel mentre apprezza le oscillazioni leibniziane tra universalismo e dinamica confinaria, privilegia nel filosofo di Lipsia la dimensione dell'impero (per Pufendorf un « mostro ») rispetto alle teoriche dell'equilibrio. Repubblica e impero infatti nella loro intima, costitutiva solidarietà, realizzano una 'fusione di orizzonti', uno spazio in cui consistono dimensione 'federativa' delle sovranità e unità della *République de l'Empire*. Ed è qui, all'altezza dell'impero, che la relazione monade-universo si appaesa, nel senso che si rinviene nel comune la dimensione costitutiva dell'individualità, mai disincarnata dal tessuto relazionale in cui è involta. Non solo, ché al pensiero di Leibniz è propria un'idea di *orizzonte in movimento*, di uno spazio ampio per così dire 'a geometrie variabili' (inglobante persino Russia e Cina) che si fa carico della dinamica complessiva dell'impero di contro alla fissità polemogena dei confini (dalla quale, vera testa di Medusa, non riuscirà in definitiva a

distogliere lo sguardo chi, come Carl Schmitt, si atterrà alla forma catechontica della *complexio oppositorum* come grande Forma Politica).

Dunque, solo nello spazio ampio della repubblica, nella sua struttura poliarchica e nella stratificazione altamente articolata del sociale, si dà ciò che unisce associazioni, gruppi e ceti diversi e, accomunandoli, costituisce l'ambito del loro rapporto, e ciò sussiste in virtù di un assetto unitario che ha il proprio centro in una *summa potestas* che, indipendente dalla sua origine, si immunizza dai variabili tracciati della legittimazione e si pone in ascolto invece di istanze che non paiono tuttavia organizzabili nel tradizionale *jus resistendi*. Infatti, e diversamente dal radicalismo whig di un Locke, la resistenza si alimenta in Leibniz della separazione barocca tra interno e esterno: il 'diritto' di resistenza, escluso dalla struttura costituzionale, si piega in sola interiorità nel mentre il soggetto mantiene un'adesione tutta esteriore alle decisioni dell'autorità sovrana. La ricerca di Basso ha pagine felici nel mostrare come alle teorie moniste della sovranità Leibniz contrappone una declinazione tensiva del rapporto tra una pluralità di *suprematus* e il momento autoritativo della maestà imperiale. A formare la nozione di *suprematus* concorrono sia l'intrascendibile insieme di limiti concreti al momento autocratico (limiti dunque concepiti come fattuali — leggi fondamentali, assemblee di stati, parlamenti — e non come mero frutto di deleghe revocabili ad arbitrio) sia quella determinazione giuridica che fa sì che esso si conservi nelle mani di chi lo detiene (i Principi tedeschi) pur di fronte a un diritto riconosciuto dei loro sudditi di appellarsi ai tribunali imperiali. In effetti, la dimensione plurale *delle* sovranità non può essere disincarnata dalle vicende del diritto internazionale, a tal punto che il caso (eccezionale) della dissoluzione di una sovranità viene rinvenuto in quel momento in cui un sovrano accorda a una potenza straniera (ma non solo) il diritto di mantenere sul suo proprio territorio una forza bellica in grado di esercitare coazione nei suoi confronti.

La ricerca di Basso offre in definitiva l'occasione di ripensare, attraverso i geroglifici leibniziani, un orizzonte che, dentro e oltre il moderno, è forse straordinariamente attuale.

MAURIZIO MERLO

FRANCO CASSANO, DANILO ZOLO (a cura di), *L'alternativa mediterranea*, Milano, Feltrinelli, 2007, 656 pp.

Non sono davvero pochi, negli ultimi anni, i libri dedicati all'identità del Mediterraneo; così come non sono pochi, non casualmente, quelli dedicati all'identità dell'Europa. Ad alimentare questo rinnovato interesse anche editoriale hanno contribuito fortemente la retorica

dello scontro della civiltà e le repliche che le sono state opposte in nome di opzioni anche diversissime tra loro, dai globalismi politici e giuridici al multiculturalismo alla confutazione stessa della matrice culturale dei conflitti in corso. Ma, anche prima di imboccare questa strada, ad aprire il dibattito sarebbe già stato sufficiente il collasso di quello che Raymond Aron, sulle tracce di Paul Valéry, aveva rappresentato come il « mondo finito » della guerra fredda: un mondo apparentemente privo di sbocchi spaziali e temporali, la cui ferrea globalizzazione strategica e ideologica sembrava destinata a non lasciare più spazio alla pluralità storica, geografica e culturale dei diversi contesti regionali.

Il libro curato da Franco Cassano e Danilo Zolo si colloca nel punto di intersezione di questi due processi. Da un lato, in un clima politico e culturale permeato dalla politicizzazione delle differenze culturali, il volume è un invito al dialogo fra le civiltà, anzi alla riscoperta del fondamento comune delle identità solo provvisoriamente separate del Mediterraneo. Dall'altro lato, senza troppo indulgere nell'alternativa Occidente/radicalismo islamico — la cosiddetta 'guerra al terrore' non occupa mai il centro della scena, come è giusto che sia in qualunque impresa intellettualmente sofisticata di comprensione delle relazioni internazionali contemporanee — l'interrogativo che accompagna il libro sin dai capitoli introduttivi dei due curatori ci riporta indietro alla riorganizzazione geopolitica e culturale del dopo-guerra fredda: quale è o, meglio, può essere il posto del Mediterraneo nel nuovo secolo? E in che modo sono legati, e non possono non esserlo, il destino del Mediterraneo e quello dell'Europa?

È nella risposta a tali quesiti che l'Alternativa mediterranea cerca le proprie ragioni. Il libro non si propone come una storia o una ricerca dell'identità profonda del Mediterraneo. Meno che mai indulge nell'idillio di una visione nostalgica o romantica, contro la quale, anzi, sin dalle prime pagine evoca il rischio di riprodurre qualcosa di simile a una versione liquida del 'mito asburgico' — paradossale ripiegamento del paradigma orientalista su se stesso, dal quale il Mediterraneo uscirebbe come « un prezioso fossile della protostoria occidentale, senza prospettive se non quella del piccolo cabotaggio turistico-commerciale ». L'Alternativa mediterranea porta dentro di sé, piuttosto, una esplicita carica polemico-politica: quella propria di una 'alternativa', appunto, tra lo spazio « dei molti dei, delle molte lingue e delle molte civiltà » e la « dimensione monista, cosmopolitica e 'umanitaria' delle potenze oceaniche » (Zolo, p. 21).

Il libro è diviso in sei parti. Dopo una prima parte occupata dai due densi capitoli introduttivi di Danilo Zolo e Franco Cassano, la seconda ricostruisce le complessità e la ricchezza dell'insieme mediterraneo, tanto sul terreno lacerato dei rapporti politici tra le potenze quanto su quello (che sembra fare da controcanto al primo) delle rela-

zioni e della società transnazionale (l'integrazione musicale, la cooperazione audiovisiva, gli stessi flussi migratori). La terza e la quarta parte trattano due questioni più specifiche, sebbene a propria volta ricchissime di implicazioni storiche e culturali: la condizione femminile e la questione penitenziaria. Le ultime due parti, infine, sono dedicate al 'terzo necessario' della relazione tra Mediterraneo e Atlantico, l'Europa, sia in quanto spazio lacerato a propria volta tra identità alternative sia, in modo più controverso, in quanto protagonista (nel bene e nel male) del progetto euromediterraneo dell'ultimo decennio.

Non può sfuggire, in una struttura come questa, l'opzione dichiaratamente pluralista tanto sul terreno metodologico (per la coesistenza di studiosi di diverse discipline e, perché no, di diversa sensibilità) quanto, in maniera più sostanziale, su quello culturale, con la presenza nient'affatto marginale di studiosi della cosiddetta sponda sud del Mediterraneo e, tra questi, di diverse donne — testimoni di quella questione femminile e di quel femminismo islamico sui quali il libro insiste, sin dalle prime pagine, come a diversificare ancora una volta un fenomeno (quello femminista) comunemente declinato al singolare, a partire dall'esperienza assunta come universale dell'Occidente.

Proprio il pluralismo, d'altra parte, costituisce il sostrato più profondo dell'alternativa Mediterraneo. In un senso poiché, sulla scorta delle rappresentazioni classiche di Fernand Braudel e Predrag Matvejević, il Mediterraneo è visto in quanto tale come uno spazio plurale, « un mare che separa e unisce, che sta tra le terre senza appartenere in esclusiva a nessuna di esse, che resiste a ogni desiderio di annessione, un mare che si rifiuta di rinchiudere la propria inquietudine nella fissità di una Scrittura, nella sacralità assoluta di un testo » (Cassano, p. 79). In un altro senso, in quanto questa identità plurale è a propria volta immersa in una rappresentazione altrettanto pluralistica della convivenza internazionale, egualmente lontana dal nesso tra ordine ed egemonia mondiale promosso da tutte le amministrazioni statunitensi degli ultimi decenni, e dal cosmopolitismo politico e giuridico proprio di tanti intellettuali anche europei quali Jürgen Habermas, Ralf Dahrendorf e Anthony Giddens.

Ma il pluralismo non dà tregua, perché qui cominciano anche le tensioni interne che attraversano il libro, lo complicano, lo lasciano aperto a diverse possibili combinazioni. La prima è già implicita nel carattere composito e, per paradosso, storicamente plurale dell'universalismo euro-americano. Sebbene il Mediterraneo di Cassano e Zolo sia rivolto polemicamente contro l'Atlantico, l'Atlantico non esaurisce la vocazione universalistica della cultura politica euro-occidentale, da qualche anno riassunta nella 'religione civile' della transizione al mercato e alla democrazia. Al contrario, se è vero che la distribuzione esistente del potere affida oggi agli Stati Uniti (all'Atlantico, appunto) il ruolo di motore che era stato proprio, in passato, del continente euro-

peo, è altrettanto vero che la presunzione di possedere la chiave dello sviluppo politico, economico e culturale dell'umanità accompagna tutta la storia moderna dei rapporti tra Occidente e Mondo. Gli Stati Uniti hanno solo ereditato l'universalismo occidentale, nella stessa misura in cui ne hanno ereditato l'egemonia. Tanto che ci si potrebbe chiedere a proposito dell'universalismo quello che da trent'anni a questa parte ci si chiede a proposito dell'interdipendenza e delle istituzioni: se sia concepibile e a quali condizioni un universalismo senza egemonia (ma a costo di incontrare anche le stesse risposte: il fiducioso sì degli istituzionalisti liberali e il no sprezzante e ironico dei realisti).

Il secondo motivo di tensione investe direttamente l'Europa. Nelle intenzioni degli autori, essa è la destinataria per eccellenza dell'alternativa tra il pluralismo mediterraneo e il globalismo atlantico. Ma, allo stesso tempo, essa è anche realisticamente riconosciuta come partecipe dello stesso «fondamentalismo della modernità» (Zolo, p. 64) che connota gli Stati Uniti — anzi tanto partecipe da replicare all'interno del Mediterraneo il diktat politico, ideologico ed economico che gli Stati Uniti e le maggiori istituzioni economico-finanziarie internazionali impongono a livello globale: la subordinazione del 'dialogo' alla formale adesione alle istituzioni politiche e giuridiche occidentali. Niente sembra sfuggire a questo paradosso: né la politica di sicurezza ancora saldamente inscritta nella cornice transatlantica della Nato, né il Partenariato euro-mediterraneo con la sua «condizionalità unilaterale e selettiva» (Zolo, p. 38), né la cultura politica e sociale che, anche in Europa, identifica i processi di globalizzazione con la diffusione della modernità occidentale, né la stessa sinistra ancorata, come ammonisce Franco Cassano (p. 102), a un etnocentrismo «strettamente collegato alla sua convinzione di avere avuto in dono ali speciali, capaci di farla volare al di sopra delle quote modeste raggiungibili dalle culture che non hanno alle spalle la storia gloriosa dell'Occidente».

Senonché questo tradimento della vocazione pluralistica del Mediterraneo non nasce né si esaurisce sul terreno culturale, anzi non può essere compreso se non a partire da una dimensione culturalmente opaca e, soprattutto, meno permeabile alle preferenze degli attori: quella del potere. È qui che il pluriverso mediterraneo si piega, al proprio interno, al duro dualismo Nord/Sud; ed è sempre qui che il Mediterraneo trova la propria ragione di subordinazione alla soluzione atlantica. Il libro non elude questa doppia frattura. Pur non dedicando una riflessione specifica alle disuguaglianze economiche — che pure sono continuamente richiamate, soprattutto nel capitolo di Andrea Gallina sulla mobilità migratoria — il divario riemerge nelle forme più esplicite nei capitoli dedicati all'«assedio militare del Mediterraneo» e all'esportazione della democrazia, per tornare in modo più sfumato nei capitoli dedicati all'Europa e al progetto euromediterraneo.

Questa duplice subordinazione — della sponda sud alla sponda

nord e del Mediterraneo nel suo complesso al globalismo atlantico — costituisce l'ipoteca più forte contro la realizzabilità politica-concreta dell'alternativa mediterranea. Ma, insieme a questo, essa introduce la tensione sotterranea che attraversa, arricchendolo, tutto il libro, a partire dai due capitoli introduttivi dei curatori: la tensione tra il richiamo lucido e insistito al realismo, contro le suggestioni di un mito mediterraneo politicamente impotente, e il riconoscimento altrettanto realistico che i tempi per l'alternativa non sembrano ancora maturi, malgrado le promesse di Barcellona e la cooperazione *octroyé* promossa, tra un disincanto e l'altro, da un'Europa sempre meno 'mediterranea' (nel senso di: aperta alla differenza culturale).

ALESSANDRO COLOMBO

GERHARD DILCHER, EVA-MARIE DISTLER (Hrsg.), *Leges - Gentes - Regna. Zur Rolle von germanischen Rechtsgewohnheiten und lateinischer Schrifttradition bei der Ausbildung der frühmittelalterlichen Rechtskultur*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2006, 650 Seiten, 5 Abbildungen.

Es scheint derzeit zu den Kennzeichen des Diskurses über die mittelalterliche Geschichte zu zählen, dass das Gespräch zwischen der Geschichtswissenschaft und der Rechtsgeschichte zunehmend schwieriger und auch seltener wird: So lösten die Überlegungen von Gerd Althoff über die Bedeutung insbesondere des Rituals als Konfliktlösungsmechanismus ⁽¹⁾ heftigen Widerspruch von rechtshistorischer Seite aus ⁽²⁾. In späterer Zeit wurde von der Geschichtswissenschaft nicht selten ganz auf die Einbeziehung rechtshistorischer Fachvertreterinnen und Fachvertreter verzichtet, wenn es darum ging, fun-

⁽¹⁾ Vgl. etwa Gerd ALTHOFF, *Spielregeln der Politik im Mittelalter. Kommunikation in Frieden und Fehde*, Darmstadt 1997, sowie Gerd ALTHOFF, *Recht nach Ansehen der Person. Zum Verhältnis rechtlicher und außerrechtlicher Verfahren der Konfliktbeilegung im Mittelalter*, in: Albrecht CORDES, Bernd KANNOVSKI (Hrsg.), *Rechtsbegriffe im Mittelalter*, Frankfurt a. M. 2002 (= Rechtshistorische Reihe, 262), 79-92.

⁽²⁾ Jürgen WEITZEL, Rez.: Gerd Althoff, *Spielregeln der Politik im Mittelalter*, Darmstadt 1997; Gerd ALTHOFF, Hans-Werner GOETZ, Ernst SCHUBERT, *Menschen im Schatten der Kathedrale. Neuigkeiten aus dem Mittelalter*, Darmstadt 1998, in: ZRG GA 117 (2000), 689-702, sowie Jürgen WEITZEL, « *Relatives Recht* » und « *unvollkommene Rechtsgeltung* » im westlichen Mittelalter. Versuch einer vergleichenden Synthese zum « *mittelalterlichen Rechtsbegriff* », in: Albrecht CORDES, Bernd KANNOVSKI (Hrsg.), *Rechtsbegriffe im Mittelalter*, Frankfurt a. M. 2002 (= Rechtshistorische Reihe, 262), 43-62, 62.

damentale Phänomene mittelalterlicher Normativität wie etwa der Konfliktlösung im Mittelalter zu untersuchen⁽³⁾). Diese Entwicklung beruht freilich wohl auch darauf, dass die rechtsgeschichtliche Forschung in der Auseinandersetzung mit dem Mittelalter bisweilen sehr stark den eigenen Diskurstraditionen verhaftet ist und dabei ihrerseits geschichtswissenschaftliche Perspektivenbildungen aus dem Blickfeld geraten lässt. Um so verdienstvoller ist es, dass es Gerhard Dilcher unternommen hat, Rechtsgeschichte und Geschichtswissenschaften auf einer gemeinsamen Tagung in Fürstenfeldbruck 2004 zusammen zu führen, aus der der vorliegende, insgesamt 37 Beiträge umfassende Sammelband hervor gegangen ist. Schon der Haupttitel des Werkes knüpft dabei sicherlich nicht zufällig an ein ähnlich betitelttes Sammelwerk des Jahres 2003 über « Regna and Gentes » an, in dem die Normbildungen der Völkerwanderungszeit indes eher in der Peripherie stehen⁽⁴⁾). Doch gerade die « normativen Traditionen germanischer Völkerschaften » und ihre Wirkungen auf die « Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur » bilden das thematische Zentrum des vorliegenden Bandes, wie Gerhard Dilcher bereits durch den Titel seines instruktiven Einführungsaufsatzes deutlich macht (15-42). Perspektivisch bekennt er sich dabei zum « Konzept einer Geschichte als Kulturwissenschaft » (23) und führt deswegen insbesondere mit der Kategorie des « kollektiven Gedächtnisses » (22) einen zentralen Begriff kulturwissenschaftlichen Fragens⁽⁵⁾ an die Geschichte ein. Doch auch die Oralität als kulturelle Signatur gerade der Zeit vor der ersten

(3) Vgl. dazu die beiden Sammelbände Stefan ESDERS (Hrsg.), *Rechtsverständnis und Konfliktbewältigung. Gerichtliche und außergerichtliche Strategien im Mittelalter*, Köln/Weimar/Wien 2007, sowie Stefan ESDERS, Christine REINLE (Hrsg.), *Rechtsveränderung im politischen und sozialen Kontext mittelalterlicher Rechtsvielfalt*, Münster 2005 (= Neue Aspekte der europäischen Mittelalterforschung, Bd. 5). Aus älterer Zeit s. etwa Wendy DAVIES, Paul FOURACRE (Hrsg.), *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*, Cambridge/London/New York/New Rochelle/Melbourne/Sydney 1986. Als Beispiel für das vergleichsweise harmonische Zusammenwirken von Rechtshistorie und Geschichtswissenschaft im anglo-amerikanischen Raum s. die Beiträge in Warren C. BROWN, Piotr GÓRECKI (Hrsg.), *Conflict in Medieval Europe. Changing Perspectives on Society and Culture*, Aldershot/Burlington 2003, pass.

(4) Hans-Werner GOETZ, Jörg JARNUT, Walter POHL (Hrsg.), *Regna et Gentes. The Relationship between Late Antique and Early Medieval Peoples and Kingdoms in the Transformation of the Roman World*, Leiden/Boston/Köln 2003 (= The Transformation of the Roman World, Bd. 13).

(5) Vgl. etwa Astrid ERLI, *Kollektives Gedächtnis und Erinnerungskulturen. Eine Einführung*, Stuttgart 2005; vertiefend die Beiträge in: Astrid ERLI (Hrsg.), *Medien des kollektiven Gedächtnisses. Konstruktivität, Historizität, Kulturspezifizität*, Berlin/New York 2004.

Jahrtausendwende besetzt eine wichtige Position in der Konzeption von Gerhard Dilcher, der deswegen auch dem Zusammenspiel zwischen Normbildung und Sprachlichkeit eine besondere Bedeutung zuweist. Damit setzt Gerhard Dilcher die Linien ethnogenetischer Forschungsansätze fort, die die kollektive Identitätsbildung und die Formen symbolhafter und ritualisierter Kommunikation in archaischen Volksverbänden betonen. Tragende Überlegung ist für ihn der Befund einer engen Verflechtung « von Recht, gentilen Gruppen und den Herrschaftssystemen von Reichen » (29). Denn in dieser Sicht lassen sich Normbildungen und Herrschaftsformen als Ausdruck gentiler Kulturformationen deuten und sind dann mehr als lediglich Ausprägungen eines verlängerten « lateinisch-römischen Traditionsstrang(es) » (20).

Aber schon die Beiträge der einleitenden Sektion über « Methoden und Probleme » lassen erkennen, dass es, wie Gerhard Dilcher selbst in seinem Schlussbeitrag einräumt, nicht gelang, « eine[,] sich fruchtbar fortspinnende Begegnung der beiden Forschungsansätze, des historischen und des rechtshistorischen » (604) zu bewirken. Das wird besonders deutlich im Gegensatz der Beiträge von Jürgen Weitzel und Jörg Jarnut: Am Ende seiner informativen Übersicht über die « Worte der Vorläufer » (43-50) plädiert Jürgen Weitzel insbesondere im Blick auf Kompositionensysteme und Dinggenossenschaft « von Germanen und germanischem Recht zu sprechen » (50). Doch gerade dagegen wendet sich Jörg Jarnut in seinem « Plädoyer für die Abschaffung eines obsoleten Zentralbegriffes der Frühmittelalterforschung » (69-77), in dem vor allem (und sicherlich zu Recht) eine « Einheit der Germanen » in Abrede gestellt wird. Vermittelnd wirkt dagegen der Beitrag von Walter Pohl über die « Probleme einer Sinngeschichte ethnischer Gemeinschaften » (51-67): « Identität und Tradition » würden hiernach immer wieder neu etwa durch Volksbezeichnungen, aber auch durch die *Leges* ausgeformt, die deshalb « auch als Spur und Instrument frühmittelalterlicher Identitätsbildung untersucht werden » sollten (67). Dagegen rückt Karol Modzelewski in seinem Beitrag « Thing und Acht. Zu vergleichenden Studien der germanischen und slawischen Stammesverfassung » die stämmeübergreifenden Gemeinsamkeiten der Normbildung in den Vordergrund (79-89). In die gleiche Richtung deutet der interessante Beitrag von Hans-Werner Goetz « Die Vorstellungen von Recht und Gerechtigkeit in der Merowingischen Geschichtsschreibung: das Beispiel Gregors von Tours » (91-117): Denn hier wird deutlich gemacht, dass die Vorstellungen von Recht und Unrecht in der Merowingischen Geschichtsschreibung alles andere als ethnisch gebunden, sondern vor allem stark durch christliche Vorstellungen geprägt waren. Hans-Werner Goetz bestätigt damit indirekt auch ein konzeptionelles Grundproblem der Tagung und des Tagungsbandes, den weitgehenden Verzicht auf die Frage nach der

Rolle der Kirche und ihrer seit jeher präsenten Normbildungen, die gerade in merowingischer und karolingischer Zeit sehr nachhaltig auch die weltliche Normsetzung beeinflusst hatten. In diesem Punkt setzt sich, wie es scheint, die von Peter Landau herausgehobene Tendenz fort, « Die Kirche als Vermittlerin schriftlichen Rechts » « bei der heute vorherrschenden Diskussion über die orale Kultur des Mittelalters meist schlicht » zu ignorieren (219). Zwar warnt Günter Jerouschek in einer kurzen « Intervention zu Leges - Gentes - Regna » (119 f.) nicht zu Unrecht vor dem Primat « einer interpretatio christiana bzw. romana » (119). Trotzdem bleibt festzuhalten, dass die Einflüsse nicht allein der kirchlichen Normbildungen, sondern auch und gerade der christlichen Kultur bei der Formierung der neuen *gentes* und *regna* nicht zu unterschätzen sind. Zumindest indirekt belegt wird dieser Befund durch den eindrucksvollen Beitrag von Ruth Schmidt-Wiegand über « Sprache, Rechtssprache bei Franken und Alemannen vom 6. bis zum 8. Jahrhundert » (141-158). In der Analyse der Sprachlichkeit der malbergischen Glossen, vor allem aber in der philologischen Ausdeutung der Regelungen *de chrenechruda* (Titel 58 der Lex Salica) wird nämlich deutlich, wie eine pagane Begrifflichkeit, die stark von magisch-rituellen Inhalten geprägt war, im Zeichen der Christianisierung umgeformt oder sogar getilgt wurde. Der Beitrag von Ruth-Schmidt Wiegand verdeutlicht damit die buchstäblich fundamentale Bedeutung der Beziehung von Sprachlichkeit und Rechtsbildungen. So ist es auch besonders zu begrüßen, dass der vorliegende Band einen eigenen Abschnitt über « Sprache und Recht » enthält, dem der eben angesprochene Beitrag von Ruth Schmidt-Wiegand zugeordnet ist. Eingeleitet wird der Abschnitt durch einen instruktiven Überblick aus der Feder von Gabriele von Olberg-Haverkate, die über « Die deutsche Rechtssprache... [als] Gegenstand juristischer und sprachwissenschaftlicher Forschung » informiert (123-140). Auch hier wird zudem deutlich, dass, wie am Beispiel der Bezeichnungen von Freien und Unfreien demonstriert wird, « der Einfluss römisch-rechtlichen und christlichen Rechtsdenkens » (139) sehr präsent ist und allmählich die vielschichtige germanische Begrifflichkeit in den Hintergrund drückt. Die semantische Offenheit der germanischen Stammessprachen unterstreicht auch Daniela Fruscione in der Studie über die « Ansätze übergreifender germanischer Rechtssprachen » (167-182), in der zugleich eindrucksvoll das sprachgeschichtliche Spannungsfeld zwischen « eigener Stammestradiation und übergreifenden Formen » einer Rechtssprache (172) ausgeleuchtet wird. Der Perspektive nach setzt Daniela Fruscione damit einen Kontrapunkt zur Studie Klaus von Sees über die « Altnordische Rechtssprache als mittelalterliche Fachsprache » (159-165), der sich ganz auf Bedeutung der « außerordentlichen Ausdrucks- und Bildungsfähigkeit » und der « wortkargen Prägnanz » (163) des Altnordischen konzentriert. Mit dem folgenden Abschnitt, « Die

Reichsgründungen und ihre Rechts- und Herrschaftsordnungen », wird der Blick vor allem auf die römischen Einflüsse auf die Herrschaftsstrukturen gerichtet. So betont Herwig Wolfram, dass die « Grundlagen und Ursprünge des europäischen Königtums » (185-196) im Übergang zum Frühmittelalter in der Verschmelzung des germanischen « Heerkönigtums » mit dem « höchsten Magistrat der spätantiken Heeresorganisation » begründet sein sollen. Das führt ihn zur These von der « Institutionalisierung, wenn man will, der Imperialisierung der Gens » (194), die jedenfalls ideell in das Herrschaftsgefüge des *imperium romanum* eingegliedert gewesen sein soll. Ebenfalls aus der Perspektive des römischen Reiches, aber auf einer sachlich völlig anderen Ebene argumentiert Jörg Jarnut in seinen knappen « Anmerkungen zum Staat des frühen Mittelalters: Die Kontroverse zwischen Johannes Fried und Hans-Werner Goetz » (197-202), die bereits anderenorts publiziert worden sind ⁽⁶⁾. Jörg Jarnut plädiert in diesem Beitrag nämlich dafür, « die römischen und damit die Kategorie "Staat" einschließenden Elemente des Frühmittelalters stärker herauszuarbeiten », daher die « transpersonalen Elemente der frühmittelalterlichen *regna* auf einer breiteren Quellenbasis als bisher herauszupräparieren » und deswegen das « früh- und hochmittelalterliche Ordnungsgefüge... im Sinne des Weberschen Idealtypus... weiterhin als "Staat" » zu bezeichnen (201f.). Der Ausgangspunkt dieser Überlegungen, die Kritik an der These eines « vom sogenannten "Germanischen" bestimmten Sonderweg(s) » (201), ist sicherlich zutreffend. Doch die hieraus abgeleitete begriffliche Konsequenz, die Benutzung des Ausdrucks « Staats » gerade für die Herrschaftsverbände der Völkerwanderungszeit, ist eine — gerade für einen Historiker — verblüffend unhistorische Perspektivenbildung. Denn der Ausdruck « Staat » ist — in jedenfalls in seiner Verwendung durch Jörg Jarnut — Bestandteil einer spezifisch neuzeitlichen politischen Semantik ⁽⁷⁾ und deswegen für das Frühmittelalter ein zumindest problematisches begriffliches Instrument der Deutung. So bleibt die Frage, ob nicht die — auch im Titel des Sammelwerkes benutzte — quellennahe Begrifflichkeit *regna* vorzuzugwürdig ist. Auf der Linie dieser Begrifflichkeit liegt auch der Bei-

(6) Vgl. Dieter HÄGERMANN, Wolfgang HAUBRICH, Jörg JARNUT (Hrsg.), *Akkulturation - Probleme einer germanisch romanischen Kultursynthese in Spätantike und frühem Mittelalter*, Berlin/New York 2004 (= Reallexikon der Germanischen Altertumskunde, Ergänzungsband 41), 504-510.

(7) Vgl. nur Paul-Ludwig WEINACHT, *Staat. Studien zur Bedeutungsgeschichte des Wortes von den Anfängen bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin 1968 (= Beiträge zur Politischen Wissenschaft, Bd. 2), 31-68 und pass.; vertiefend Christoph MÖLLERS, *Staat als Argument*, München 2000 (= Münchener Universitätschriften. Reihe der Juristischen Fakultät, Bd. 154).

trag von Adelheid Krah über « Herrschaft und Konflikt in karolingischer und ottonischer Zeit » (321-330). Hier wird sehr präzise dargelegt, dass der König nicht als Urteiler wirkte, sondern auch im Königsgericht konsensuale, dinggenossenschaftliche Verfahrensmechanismen bestimmend waren, obwohl der König selbst von den zeitgenössischen geistlichen Schriftstellern regelmässig in der Position eines alttestamentarischen Salomo dargestellt wurde. Die hier einmal mehr sichtbar werdende Einheit christlicher und germanisch-fränkischer Kultur auch auf der Ebene der Nombildung wird sehr plastisch in dem Beitrag Hermann Nehlsens, « Der Einfluss des Alten und Neuen Testaments auf die Rechtentwicklung in der Spätantike und im frühen Mittelalter bei den germanischen Stämmen » (203-218). Denn in Fortsetzung seiner Forschungen zu diesem Problemkreis zeigt Hermann Nehlsen, dass das *Edictum Theoderici*, die westgotischen *Leges*, die *Lex Burgundionum* und die *Lex Salica* durchgängig von biblischen Leitbildern geprägt waren. Entscheidend dafür war, wie Hermann Nehlsen betont, die « ganz wesentliche, zum Teil zentrale Rolle bei der schriftlichen Fixierung der *Leges* », die der gebildete Klerus besetzte. Dieser Befund wird eindrucksvoll bestätigt im Betrag von Clausdieter Schott, « Lex und Skriptorium — Eine Studie zu den süddeutschen Stammesrechten » (257-290). Hier nämlich wird die These begründet, dass die *Lex Alamannorum* « als eine im Kloster Reichenau entstandene Fälschung zu betrachten ist » (277). Das tragende Argument ergibt sich aus der Analyse der Überlieferung im Codex Sangallensis 731, dem aus der Sicht Clausdieter Schotts ältesten und damit ursprünglichsten Textzeugnis der *Lex Alamannorum*: In diesem Manuskript wird die umfassende Verfügungsbefugnis eines Freien zugunsten der Kirche, die in anderen Überlieferungen der *Lex* als erste Regel aufscheint, losgelöst von allen anderen Bestimmungen der *Lex* aufgeführt und als isolierter Akt der Normsetzung gekennzeichnet, während im nachfolgenden Titel 1 (in den anderen Textzeugnissen: Titel 2) entsprechende verfahrensförmige Präzisierungen festgelegt werden. Clausdieter Schott kann für diese Regelungsansätze auch auf die Beurkundungspraxis auf der Reichenau verweisen, die aus seiner Sicht durch die *Lex* normativ verallgemeinert werden sollte. Vor diesem Hintergrund verschiebt sich auch der mögliche Entstehungszeitpunkt der alemannischen *Lex*, der « nach vorsichtiger Schätzung in die Zeit zwischen 735 und 740 » zu verlegen sein wird (282). So zeigt sich hier besonders plastisch, dass die Kirche « mit dem — lateinischen — Schriftmonopol... in gewisser Weise auch ein Wahrheitsmonopol » erlangt hatte (288), das sie auch und gerade im Interesse einer für sie günstigen Nombildung zu nutzen suchte. Diese Überlegung findet auch im ausgezeichnet dokumentierten Beitrag von Eva Schumann über die « Entstehung und Fortwirkung der *Lex Baiuvariorum* » (291-319) ihre Bestätigung. Hier wird die *Lex Baiuvariorum* ebenfalls als « kirchliche

Privatarbeit » (314), also als Fälschung, gekennzeichnet, die auf die Interessendurchsetzung der Kirche ausgerichtet war und ausweislich ihrer bis tief ins Spätmittelalter reichenden handschriftlichen Verbreitung (und teilweisen Rezeption im Schwabenspiegel) sehr intensiv wahrgenommen wurde. Die besondere Qualität schriftlicher Medialität im kirchlichen Recht selbst betont Peter Landau in seinem Beitrag über « Die Kirche als Vermittlerin schriftlichen Rechts » (219-229): Die seit dem Ende des vierten Jahrhunderts entstehenden Kanonesammlungen, die in Teilen (so etwa bei der *Concordia Canonum* des Cresconius) bereits frühzeitig systematisierende und damit rechtsdeutende Tendenzen erkennen lassen, banden die kirchliche Rechtsbildung ebenso an das Medium der Schrift wie die Vielfalt der gerade von kirchlicher Seite produzierten apokryphen und gefälschten Texte. Freilich stellt Harald Siems in seinem Beitrag über das « Weiterwirken römischen Rechts in der kulturellen Vielfalt des Frühmittelalters » (231-255) heraus, dass die « Schriftorientierung der Kirche » keine konkreten Anstöße für die Verschriftlichung auch des weltlichen Rechts gab, sondern hier eher das Vorbild der römischen Antike bestimmend war. Vor allem aber betont Harald Siems, dass jedenfalls in der Wahrnehmung der frühmittelalterlichen Zeitgenossen keine Unterscheidung zwischen einer spezifisch germanischen und einer römischen oder kirchlichen Rechtstradition bestand, denn « Kirchenrecht, römisches Recht, fremdes Stammesrecht mischten sich mit eigener und fremder Rechtssprache » (249). So gelangt Harald Siems zu der auf einer beeindruckenden Quellenbasis abgestützten These, dass « von der Antike über das frühe Mittelalter im Rechtsalltag eine lange Phase wechselseitiger Durchdringung von Rechtspraktiken » antik-mediterraner Herkunft « mit solchen eroberten Völkern und nördlicher Zuwanderer zu konstatieren » sei (255). In diese Richtung deuten auch die Beiträge des nächsten großen Abschnitts über « Konflikt und Konfliktbeilegung ». Freilich werden hier die Akzente stärker bei den germanischen Wurzeln gesetzt. Das gilt ganz besonders für den Aufsatz von Jürgen Weitzel zur « Bedeutung der Dinggenossenschaft für die Herrschaftsordnung » (351-366), in dem seine Thesen und Überlegungen über die Dinggenossenschaft, die « mittelalterliche Form der Gewaltenteilung » (354), noch einmal in besonders prägnanter Verdichtung gebündelt sind. Dabei sieht Jürgen Weitzel mit dem « Richter als einem "politischen Beamten"... ein antikes Element », das kirchenrechtliche Traditionselemente aufnehmen soll, « weshalb die Dinggenossenschaft als Integration germanischer, römischer und kanonistischer Elemente bezeichnet... werden kann » (356 f.). Gerade « Verschmelzungsprodukte » seien « als den Gegebenheiten der germanischen Völker gemäße Reaktionen auf römisch-antike Institutionen und Vorstellungen » darstellbar (357). Allerdings heisst es dann an anderer Stelle, dass « das dinggenossenschaftliche Denken... ein Schutz-

wall gegen die schnelle Rezeption spätantiker Herrschafts- und Rechtsvorstellungen » gewesen sei (361), ein Bild das die Frage nach der Notwendigkeit eines solchen « Schutzes » nahe legt. In die von Weitzel angedeutete Richtung weist der Beitrag von Antonio Padoa-Schioppa über « Aspetti della giustizia nei placiti longobardi: note sul sistema delle provere » (333-350), dem eine deutsche Zusammenfassung aus der Feder von Gerhard Dilcher beigegeben ist: In der Auswertung langobardischer *placita* zeigt sich dabei das Nebeneinander des Eides und der richterlichen *inquisitio*, also die Verschmelzung germanischer und kirchlicher Prozesstraditionen, wobei freilich zu beachten ist, dass die Kirche regelmässig prozeßbeteiligt war. Gegen die überkommene These von der Trennung zwischen Richtern und Urteilern spricht allerdings die Tendenz, « in hohem Maße der Bewertung der Richter Raum » zu geben (350), also die dinggenossenschaftliche Funktionenteilung zwischen « Rechtsspruch... und Rechtszwang » (Weitzel, 351) zu durchbrechen. Eine etwas andere Perspektive bezieht Heinz Holzhauer in seinem Beitrag « Über materielle und prozessuale Talion » (367-376). Hier wird nämlich gezeigt, dass jedenfalls in der normativen Gestaltung des Unrechtsausgleichs die Talion als Umkehrung der « Tat zur Strafe » (367) eine konzeptionelle Konstante der europäischen Rechtskultur bildete, die auch bei den Germanen zu beobachten war. Auch der instruktive Beitrag, « Selbsthilfe und öffentlicher Strafanspruch im mittelalterlichen Norden » aus der Feder von Klaus von See (377-390) ist von einer gewissen Skepsis gegenüber der These von spezifisch germanischen Rechtstraditionen geprägt. Schon die Ausgangssituation, ein « Zustand der Selbstregulierung, Selbsthilfe und Reziprozität », ist aus der Sicht Klaus von Sees « wohl kaum als germanisch... sondern eher als typisch für frührechtliche Verhältnisse schlechthin » zu bezeichnen (390). Ganz auf der Linie der europäischen Entwicklung liegt im Übrigen die Tendenz des Königtums, insbesondere durch peinliche Strafen die normative Kontrolle über den Unrechtsausgleich zu erlangen. Eine andere Perspektive nimmt Peter Oestmann in seinem Beitrag über « Blutrache und Fehde in isländischen Quellen » ein (391-413). Den Ausgangspunkt seiner Überlegungen bildet dabei eine präzise Rekonstruktion der normativen Regelungen in der Grágás (Graugans) und der Schilderungen in den Isländersagas (Íslendingasögur) über die Rache und das Racherecht: Die Busse und das Gerichtsverfahren wurden hier als durchaus ernsthafte Alternativen zur Blutrache wahrgenommen, obwohl es an einer übergeordneten Instanz der Friedensdurchsetzung fehlte. Diese Befunde entsprechen dem seit längerem bekannten Bild ⁽⁸⁾. Doch Peter Oestmann geht einen Schritt weiter und deutet diese Phänomene aus der Pers-

(8) Umfassend William Ian MILLER, *Bloodtaking and Peacemaking. Feud, Law,*

pektive des Modells der « spontanen Ordnung », also des berühmten Theorems Friedrich August von Hajeks, das allerdings die Existenz eines verbindlichen normativen Rahmens voraussetzt und für vorstaatliche Gesellschaften auf die normative Kraft überkommener Regelungen verweist ⁽⁹⁾. Aus diesem Grund plädiert Peter Oestmann dafür, « dem soziologischen Rechtsbegriff zu folgen » und im Blick auf die Sagas auch « außerrechtlichen Strategien der Konfliktbewältigung » (412) normativen Gehalt zuzuweisen. Freilich entfernt er sich in der Sache damit von seinem Hayek'schen Ausgangspunkt und provoziert die Frage nach der Unterscheidung zwischen einem so verstandenen soziologischen Recht und den Strukturen spontaner Ordnung. Doch unabhängig hiervon liefert Peter Oestmanns Überlegung einen wichtigen Beitrag zur weiteren Debatte über die Grundlagen des Rechts, in der die frühmittelalterliche isländische Rechtsgeschichte offenbar eine besonders prominente Rolle besetzt, wird doch das frühmittelalterliche Island auch von den Vertretern der ökonomischen Analyse des Rechts bisweilen als Beispiel für die Funktionsbedingungen nichtstaatlicher Rechtsdurchsetzung angeführt ⁽¹⁰⁾. Nicht zuletzt deswegen besonders wichtig ist die « Intervention zu Blutrache und Fehde in isländischen Quellen » durch Günter Jerouschek (415), in der auf die « *longue durée* des Racheimpulses nicht nur im nordischen Rechtsbereich, sondern auch bei den Franken » und damit auf den insgesamt eher begrenzten Erklärungswert des isländischen Beispiels hingewiesen wird. Auf die Phänomene von « Statusänderung und Rechtsübertragung » gerichtet wird der Blick im fünften Abschnitt des Bandes. Gerhard Dilcher eröffnet diesen Teil mit einer profunden Analyse zur Benutzung des Ausdrucks *gairéthinx* im Epilog des Edictum Rothari (« *per gairéthinx secundum ritus gentis nostrae confirmantes* ». Zu Recht und Ritual im Langobardenrecht, 419-448). Sehr überzeugend und mit meisterhafter Präzision wird hier gezeigt, dass im Ausdruck *gairéthinx* eine Tradition ursprünglich oral überlieferter Rituallität verschriftlicht wird, die nur durch die Präsenz einer langobardischen Thingverfassung zu erklären ist. Ein lesenswerter « Exkurs: Die Agilulf-

and Society in Saga Iceland, Chicago/London 1990, 179-299 u. pass.; bilanzierend Jesse L. BYOCK, *Feuding in Viking-Age Iceland's Great Village*, in: BROWN, GÓRECKI (Hrsg.), *Conflict in Medieval Europe* (o. Anm. 3), 229-241, 234-241 und pass.

⁽⁹⁾ Vgl. etwa Friedrich August von HAYEK, *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, Bd. 1, Chicago 1973, 43-54, 72-88.

⁽¹⁰⁾ Grundlegend David FRIEDMANN, *Private Creation and Enforcement of Law. A Historical Case*, in: *The Journal of Legal Studies* 8/2 (1979), 399-415. Richard A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 7. Auflage Austin/Boston/Chicago/New York 2007, 262 m. w. N.

Platte als Zeugnis des langobardischen Gairethinx » (449-458) und eine zustimmende « Intervention zum langobardischen Recht » von Karol Modzelewski (459 f.) runden dieses Bild ab. Adrian Schmidt-Recla fragt in seinem Beitrag nach der Beziehung zwischen « Mancipatio und Affatomie » und verknüpft dies mit « Überlegungen zu Parallelentwicklungen im römischen und fränkischen Recht und zu Rezeptionsbedingungen im Frühmittelalter », wie es im Untertitel dieses Beitrags heißt (461-486). Dabei wird argumentiert, dass beide Normbildungen trotz ihrer funktionalen Parallelität — der Zuwendung von Vermögenswerten auf den Todesfall unter Einschaltung eines Dritten — offensichtlich unabhängig voneinander existierten. Freilich stellt sich ohnehin die Frage, ob nicht die gängigen Vorstellungen von der normativen Organisation des Vermögens in der Rechtskultur der Völkerwanderungszeit grundsätzlich zu revidieren sind. Dafür sprechen die Befunde des « Streifzugs » (494) durch die *Leges*, den Peter Landau in seinem Beitrag über « Rechtsübertragung an Grund und Boden in den Volksrechten » (487-494) unternimmt. Denn hier zeigt sich, dass die in den *Leges* bezeugten Beschränkungen der Verfügungsbefugnis wie Beispruchs- und Wartrecht nicht auf ein von vornherein bestehendes « gemeingermanisches, urzeitliches » (488) und hausgemeinschaftlich gebundenes Vermögensrecht schließen lassen. Doch auch die Frage nach dem Fortwirken der frühen Normbildungen in der mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Geschichte wird weiter zu diskutieren sein. Das belegen die beiden Beiträge im sechsten Abschnitt des vorliegenden Bandes, die unter der Überschrift « Zur Wirkungsgeschichte » vereint worden sind. Den Auftakt bildet ein sehr kurzer, aber ausgesprochen instruktiver Beitrag von Steffen Schlinker « Zur Frage der Kontinuität und Diskontinuität prozessrechtlicher Institute von der Spätantike bis in das hohe Mittelalter » (497-501). Hier wird deutlich, dass ein Grundproblem allen gerichtlichen Verfahrensrechts — « die Frage, wie gegen denjenigen vorgegangen werden soll, der sich dem Gerichtsverfahren nicht stellt » (498) — in der spätantiken Tradition einerseits und der Normbildung der Franken und Langobarden andererseits unterschiedlich bewertet wurde: In der Tradition des römischen Rechts nahm der Prozess auch weiterhin seinen Fortgang. In der fränkischen und langobardischen Tradition hingegen wurde die Säumnis als Missachtung des gerichtsförmig durchgesetzten Rechts gedeutet und führte deswegen zu einer busähnlichen Vollstreckung in das Vermögen des Täters. In seinem Bezug zum Gesamtthema nicht ganz leicht einzuordnen ist der materialreiche Beitrag von Bernd Kannowski, « Der Sachsenspiegel und die Buch'sche Glosse — Begegnung deutschrechtlichen und romanistischen Denkens? » (503-521). Am Beispiel des gerichtlichen Zweikampfs (*Landrecht* I 18) wird zunächst Eikes Position analysiert, die dann mit der Glossierung durch Johann von Buch verglichen wird.

Trotz seiner Nähe zur gelehrten kirchlichen Rechtskultur ⁽¹¹⁾ soll Eike der Repräsentant einer einer « zumindest weitgehend oralen Rechtskultur » (504) gewesen sein, während Johann von Buch als Vertreter des gelehrten Rechts gedeutet wird. Diese Überlegungen werden sicherlich Anlass zu weiteren Diskussionen geben. Jedenfalls ist eine derart dualistische Perspektivenbildung (gelehrtes, geschriebenes römisch-kanonisches Recht im Gegensatz zum oralen germanischen Recht) für die Zeit seit dem 13. Jahrhundert nicht ganz einleuchtend. Denn die seit dem 12. Jahrhundert entstehende Vielfalt von Rechtsbüchern, die vom *Decretum Gratiani* über die langobardische Lehnrechtsliteratur, den *Tractatus Glanvills* bis hin zu den Aufzeichnungen der französischen *Coutumes* reichte, dokumentiert einen offensichtlichen Verschriftlichungsschub auch und gerade für das regionale Recht, dem das von Bernd Kannowski gebildete Gegensatzpaar nicht ganz gerecht wird.

Der bilanzierenden Gesamtbetrachtung verpflichtet sind die Beiträge im letzten Abschnitt mit dem etwas sperrigen Titel « Die neuen Völker und die Begründung einer mittelalterlichen Rechtskultur. Rückblick und Ausblick ». Viele der hier vertretenen Aufsätze lassen noch einmal die grundsätzliche Verschiedenheit der Perspektivenbildung der Geschichtswissenschaften und der Rechtsgeschichte deutlich werden. Das zeigt sich besonders im Gegeneinander der Beiträge von Hans-Werner Goetz (« Gens — Regnum — Lex: Das Beispiel der Franken », 537-542) und Jürgen Weitzel (« Gericht, Verfahren, Recht », 543-548). So warnt Hans-Werner Goetz einmal mehr vor « den strikten Vorstellungen eines römisch-germanischen Gegensatzes », plädiert für den Gedanken « einer lange vor der Kodifizierung der *Leges* einsetzenden Akkulturation » (541) und deutet dementsprechend das fränkische Recht als mögliches « Ergebnis von Akkulturationsvorgängen » (542). Dagegen beklagt Jürgen Weitzel mit polemisierender Bitterkeit, dass der « um ein Verstehen des Germanischen bemühte Blick der Rechtshistoriker und Philologen » und der « auf die Ethnogenese gerichtete romanisierende Blick der Historiker » nicht habe zusammengeführt werden können (548). Diese überzogene Zuspitzung ist für die notwendige Fortführung der Diskussion über die Fächergrenzen wenig hilfreich. Doch das ändert nichts an dem Befund, dass sich die kulturelle Identität der Völker unter den *leges* nicht ausschließlich mit der Kategorie der Akkulturation deuten lässt. Das belegt die ausgezeichnete « Philologische Schlußbemerkung » von Daniela Fruscione (525-535), die an mehreren Beispielen nochmals die

(11) Grundlegend jetzt Peter LANDAU, *Der Entstehungsort des Sachsenspiegels. Eike von Repgow, Altzelle und die anglo-normannische Kanonistik*, in: DA 61 (2005), 73-101.

relative sprachliche Autonomie normativ besetzter Begrifflichkeiten in der Sprache der frühmittelalterlichen Völker demonstriert. Sicherlich weiterführend ist auch ihre Anregung, den Ausdruck « germanisch » in erster Linie « in Relation zur römischen Rechtskultur » zur benutzen (528), um auf diese Weise zwei unterschiedliche Rechtsschichten voneinander abzugrenzen. Elmar Wadle richtet den Blick auf ein im Rahmen des Tagungsbandes nur selten thematisierte Problem, die Bedeutung von « Frieden, Zwang, Recht », und unternimmt, wie es im Untertitel des Beitrags heisst, den « Versuch, Zusammenhänge in der Zeit der *leges* zu deuten » (549-560). Dabei werden die Regelungen über Kompositionen und Gericht als einzelfallbezogene Friedensregelungen bewertet, die seit spätkarolingischer Zeit und später im Rahmen der Gottes- und Landfriedensbewegung durch eine abstrakt-generelle Friedensvorstellung abgelöst wurden. Demgegenüber lenkt Dietmar Willoweit mit seinem Beitrag « Innergesellschaftlich und hierarchisch begründete Rechtsbildung im Mittelalter — Ein Kommentar » (561-568) den Blick zurück auf die Frage nach der kategorialen Erfassung und Deutung mittelalterlicher Normbildung. Dietmar Willoweit plädiert dafür, an die Stelle des überkommenen Gegensatzpaars « Gesetzesrecht » und « Gewohnheitsrecht » ein anderes Spannungsverhältnis zu setzen, « das aus sozialen Kontakten und Beziehungen selbst hervorgehende Recht und die von Sozialverbänden — Stämmen, Herrschaften, Staaten etc. — geschaffenen Rechtsnormen andererseits » (562). Die zuletzt genannte Normkategorie, der vor allem das Kirchenrecht, das Gebot und das Privileg zuzuordnen sind, ist dann von vornherein hierarchisch geprägt. Freilich gesteht Dietmar Willoweit auch die Existenz von « Mischformen » zu, zu denen insbesondere der Bereich des Gerichts zählt, in dem sich beide Normtypen verbinden. Diese Überlegungen werden sicherlich weiter diskutiert sein, wobei zu fragen wäre, ob vielleicht die Kategorie « hierarchisch » durch die Kategorie « hoheitlich » angereichert werden sollte. In eine grundsätzlich andere Richtung steuert Joachim Rückert in seinem Beitrag « Rechtsbegriff und Rechtsbegriffe — germanisch, römisch, kirchlich, heutige? » (569-602). Zur Beantwortung dieser Frage stellt Joachim Rückert vor allem auf die bereits angesprochene These von Hayeks von der spontanen Ordnung ab, die mit der rechtssoziologischen Funktionsbeschreibung des Rechts als Instrument zur Garantie von Erwartungssicherheit kombiniert wird. In einem wichtigen Nachtrag ergänzt Joachim Rückert dieses Bild aber noch durch die Kategorienbildung von H.L.A. Hart und schlägt vor, das frühmittelalterliche Stammesrecht zu deuten als « spontane Ordnung auf dem Weg von primary zu secondary rules » (602). Diese Überlegung, die sich mit Thesen der amerikanischen rechtshistorischen Forschung zum isländi-

schen Recht berührt⁽¹²⁾, ist sicherlich sehr fruchtbar. Freilich stellt sich die grundsätzliche Frage, ob nicht die Befunde der (rechts-) historischen Erforschung der Stammesrechte dazu führen könnten, gerade die Kategorienbildungen der Moderne zu hinterfragen, anstatt lediglich unter diese Kategorien zu subsumieren. Den Schluss dieses Abschnitts und zugleich des Bandes insgesamt bildet ein weiterer Beitrag aus der Feder von Gerhard Dilcher « Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der mittelalterlichen Rechtskultur » (603-637), in dem « die Weite und Offenheit des behandelten Problemfeldes noch einmal deutlich » wird (604). Dabei rückt Gerhard Dilcher vor allem die Oralität als wesentliches Merkmal der germanischen Rechtskultur in den Vordergrund, die vom starken Schriftbezug der römischen Rechtskultur — und, so wird man ergänzen dürfen, auch der Kirche — unterschieden war. Diese orale Rechtskultur, die sich auch und gerade in der dinggenossenschaftlichen Normbildung verdichtet, und das daraus entstehende je stammesbezogene Recht wurden, wie Dilcher etwa am langobardischen und sächsischen Beispiel zeigt, zu wesentlichen Elementen einer ethnischen Identität. Wohl von dieser Perspektive aus führt Gerhard Dilcher auch den Begriff « Rechtsmentalitäten » (630) in die Debatte ein, um damit die Besonderheit der « rechtskulturellen Elemente » (631) in der frühmittelalterlichen Zeit zu unterstreichen. Gerade in diesem Zusammenhang, so könnte man diese Überlegungen fortsetzen, wäre auch nach der medialen Funktion von Rechtsritualen für die Stabilisierung des kollektiven Normwissens zu fragen. Denn es liegt nahe, dass in einer von Oralität und sicherlich auch von Visualität geprägten Gesellschaft solche Rituale eine mindestens eben so große Bedeutung hatten wie die verschriftlichten Normtexte selbst. Eine zwar anregende, aber, wie Gerhard Dilcher selbst einräumt, doch « vielleicht allzu weitgespannte, skizzenhafte Weiterverfolgung » (637) der Ideen von Konsens, Teilhabe und Genossenschaft schließt den Beitrag ab. Doch ungeachtet dieses Einwandes ist gerade dieser letzte Aufsatz besonders wichtig, wird hier doch noch einmal ein Deutungsansatz der frühmittelalterlichen ethnischen Normbildung geliefert, in dem die bisweilen geradezu unversöhnlichen Gegensätze germanistischer Rechtsgeschichte und geschichtswissenschaftlicher Perspektivenbildung überbrückt werden. Trotzdem wird dieses Spannungsverhältnis vermutlich weiterhin bestehen bleiben. Aber vielleicht wird es doch gelingen, den von Gerhard Dilcher erneuerten ge-

(12) Vgl. etwa MILLER, *Bloodtaking and Peacemaking* (oben, Anm. 8), 256 f., der am Ende einer intensiven Auseinandersetzung mit der frühmittelalterlichen isländischen Rechtsgeschichte deren Verläufe mit den Überlegungen Harts und Luhmanns zu interpretieren sucht. Zur Bedeutung der isländischen Rechtsgeschichte im Zusammenhang der ökonomischen Analyse des Rechts s. bereits oben, bei und in Anm. 10.

meinsamen Diskurs fortzuführen. Vielleicht wird es dann auch möglich, die, wie bereits angemerkt, im Zusammenhang des vorliegenden Bandes insgesamt marginalisierte Bedeutung der kirchlichen Rechtskultur — wie etwa die Rolle des Sendgerichts, der frühen Konzilien oder den Stellenwert der frühen Kanonessammlungen — in den Blick zu nehmen. Ein anderer Mangel wiegt allerdings schwerer: Zwar war ursprünglich ein Beitrag des leider viel zu früh verstorbenen Patrick Wormald zum angelsächsischen Recht vorgesehen. Weitere Studien fehlen aber im vorliegenden Band. Dem entspricht es, dass so gut wie alle Beiträge die angelsächsische Normbildung aussparen (vgl. allerdings Siems, 245, sowie Dilcher, 612 f.), die doch gerade im Blick auf den Unrechtsausgleich oder die Gerichtsverfassung einen ganz besonders wichtigen Bezugspunkt für die Themenstellungen des Bandes und der Tagung bilden. In diesem Punkt reproduziert das vorliegende Werk den Befund von Daniela Fruscione (529): « Die Betrachtung der angelsächsischen Gesetzgebung kommt merkwürdigerweise in der Diskussion, die ab den sechziger Jahren das “Germanische Recht als Forschungsproblem” behandelt hat, nur selten vor. » Doch vielleicht ist es auch eine der Stärken des vorliegenden Buches, solche Defizite deutlich hervor treten zu lassen. Vor allem aber dokumentiert das Werk die Vielfalt und Breite der Diskussion. Die Wechselbeziehung zwischen Philologie und Rechtsgeschichte wurde wieder belebt und auch die Öffnung der Rechtsgeschichte zu den Kultur- und Sozialwissenschaften scheint erneut zur Debatte zu stehen. Hinzu tritt eine beeindruckende Vielfalt von Einzelbeobachtungen wie etwa in den Beiträgen von Ruth Schmidt-Wiegand, Daniela Fruscione, Clausdieter Schott, Harald Siems und Gerhard Dilcher oder von anregenden Deutungsvorschlägen wie etwa in den Studien von Walter Pohl, Peter Oestmann und Joachim Rückert. Für die zukünftige Forschung ist der Band schon (aber nicht allein) deswegen unverzichtbar.

ANDREAS THIER

PAOLO GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007 (collana « Fare l'Europa », diretta da J. Le Goff), pp. XII-281.

Nella prefazione della collana « Fare l'Europa », in cui il libro appare, il direttore Jacques Le Goff ricorda che se « L'Europa si costruisce », si costruisce anche con la storia. Ma si può considerare la storia europea senza tener conto di come si è venuto modellando nei secoli il suo diritto? Era comprensibile che — accanto all'evoluzione della lingua (presentata da Umberto Eco), alle radici medievali (dello stesso Jacques Le Goff), al problema della nazione (di Hagen Schulze), agli aspetti della famiglia (di Jack Goody), alle vicende delle rivoluzioni (di

Charles Tilly) — la collana, giunta ormai al ventesimo titolo, trattasse del diritto. Nel panorama europeo, la storiografia giuridica italiana ha avuto l'onore di vedersene assegnata l'esposizione, affidata alla penna sapiente ed avvincente di Paolo Grossi.

La collana è pubblicata contemporaneamente da cinque importanti editori delle principali lingue europee ⁽¹⁾: essa assicura perciò al libro una vastissima diffusione, ma lo espone pure ad un'ampia valutazione critica, che impone equilibrio e visione generale della trattazione, oltre ad una particolare dote di sintesi ⁽²⁾, per un pubblico di lettori colti, ma solo in piccola parte giuristi. Il compito che Paolo Grossi si è assunto è stato quindi di prestigio, ma anche pesante ed un po' rischioso. La sua notevole produzione scientifica di questi ultimi anni lo ha visto più volte felicemente impegnato in volumi e saggi di sintesi, che la scienza giuridica e storico-giuridica ha mostrato di apprezzare in più occasioni, in Italia e all'estero. Questo libro presentava però, sin dalla sua concezione, difficoltà non lievi, sia per la modulazione dall'età medievale a quella contemporanea, sia per la dimensione europea: ciò imponeva di soffermarsi solo su quegli aspetti che l'autore reputava significativi per offrire al lettore il rilievo svolto dal diritto nel corso dei secoli per la costruzione di una sensibilità ed una coscienza europee.

L'autore è stato costretto a fare delle scelte, frequenti e fors'anche a volte un po' sofferte, ma — come in altre occasioni — ha dimostrato la sua grande personalità di storico e di giurista ed ha saputo padroneggiare la materia con notevole maestria: ancora una volta si è rivelato lo studioso italiano del settore di gran lunga più capace di aprire un dialogo culturale e scientifico non solo con storici e giuristi, ma con "umanisti" in genere. Altri storici del diritto avrebbero potuto fare scelte anche un po' diverse, in armonia con le loro valutazioni di problemi complessi come quelli del ruolo dello Stato, della codificazione, della posizione del legislatore o del giurista, del rilievo della scienza giuridica, di altri ancora. Si deve constatare, però, con ammirazione, che il libro ha una sua ben precisa coerenza e coesione, e risponde efficacemente nella sua essenza alle tre pressanti e pesanti domande che Le Goff rivolge ad ogni autore della collana, e che Paolo Grossi ha avuto l'apprezzabile modestia di avere sempre presenti nella sua elabo-

⁽¹⁾ Si tratta di Laterza per l'Italia, Editions de Seuil (Parigi) per la Francia, Basil Blackwell (Oxford) per l'Inghilterra, Critica (Barcellona) per la Spagna, C.H. Beck (Monaco) per la Germania. La collana, inoltre, esce in altre numerose lingue come l'olandese, il portoghese, il greco, il russo, il turco e il giapponese, per citare solo le più diffuse.

⁽²⁾ La dimensione di ogni libro è infatti limitata alle 250 pagine, onde fornire un panorama sintetico, aperto ad un'ampia gamma di lettori per ogni argomento: anche questo libro le supera di poco (255 pp.), essendo le restanti dedicate a note ed indici.

razione: « Chi siamo? Donde veniamo? Dove andiamo? ». Il libro, quindi raggiunge appieno gli obiettivi posti: esso illustra con magistrale semplicità le spiegazioni date dall'autore ad un lettore colto ma non specialista e prospetta pure in dimensione storica l'evoluzione futura dell'Europa.

Paolo Grossi è universalmente noto per aver aperto negli anni Settanta del secolo scorso la nostra storiografia giuridica alla prospettiva del pensiero giuridico moderno, come attesta questa stessa fortunata rivista; nella partizione generale della materia trattata, in armonia anche con alcune sue recenti opere, sembra però quasi trascurare un po' il periodo a cui ha dedicato molto suo impegno, da un lato per sottolineare le caratteristiche unitarie del diritto medievale (« donde veniamo? », in risposta al medievista Le Goff), dall'altro per prospettare le linee evolutive del diritto contemporaneo in Europa (« dove andiamo? »), quanto mai controverse e discusse. Il rispetto per il programma editoriale ha imposto allo stesso Paolo Grossi scelte — e conseguenti tagli — anche un po' dolorosi, per quanto consapevoli. Il libro, quindi, dopo i sintetici « chiarimenti preliminari » (pp. 3-8), presenta tre partizioni, ciascuna delle quali rappresenta « tre esperienze giuridiche, [...] tre momenti di forte discontinuità » (p. 8): le « radici medievali » (pp. 9-64); le « fondazioni della modernità » (pp. 65-216) che partono sin dal Trecento; gli « itinerari contemporanei », con « vecchi e nuovi modelli a confronto » (pp. 217-255).

Per la ricostruzione delle « radici medievali » Paolo Grossi si giova dello scenario perspicace già delineato con efficacia e maestria ne *L'ordine giuridico medievale* (1995). Egli fa presente che nel medioevo si ha « una società senza Stato »: sottolinea « l'insufficienza del soggetto singolo » (p. 17) e l'emersione di un « nuovo ordine giuridico » con al centro « la terra, il sangue, il tempo » (p. 21), basato più sulla forza che sul diritto, nel quale si registra « il primato della consuetudine tra le fonti del diritto » (p. 25) e l'appannamento del ruolo del legislatore e della legge. Quest'ultima è una constatazione ormai usuale per l'attuale storico del diritto italiano, ma può non essere così per un lettore contemporaneo, abituato — erroneamente — ad individuare il diritto nella sommatoria delle leggi, e verso il quale il libro deve avere quindi la paziente attenzione di destinare qualche pagina di chiarificazione in proposito.

Si tratta di un punto che l'autore ha già cercato di far presente sin dall'inizio (nei « chiarimenti preliminari », pp. 5-6) e su cui ha insistito in diverse altre occasioni in quest'ultimo decennio, ma che non è inopportuno riprendere, data la tralatizia opinione comune portata ad identificare il diritto con la somma delle leggi ⁽³⁾. Non guasta quindi

(3) D'altronde, la stessa impostazione universitaria di mezzo secolo fa tendeva a

che sin dalle prime pagine Paolo Grossi si soffermi su questo aspetto, che d'altronde oggi è messo sovente in luce particolare dai giuristi proprio in prospettiva europea.

Se prima del Mille si annebbia un ordinamento “pubblico”, la ricerca di un “ordine” basato non solo sulla forza e sulla prepotenza delle armi, nella vita individuale come in quella associata, porta al formarsi di un « ordinamento giuridico originario » della Chiesa di Roma il quale mette le basi di quel diritto canonico che trova — dopo Ivo di Chartres — in Graziano il suo basilare organizzatore (p. 33 e segg.). L'affacciarsi del nuovo Millennio porta, però, in una società in evoluzione in cui riappaiono sulla scena la città e il mercante, ad una rinascita culturale, nella quale riemerge con prepotenza la ricerca di un nuovo “ordine”, che viene ad essere identificato con quello “del diritto”. Paolo Grossi, che ha già saputo farne apprezzare in passato i tratti salienti, ne sintetizza quindi, anche in questa occasione, gli elementi essenziali. Conseguo da ciò che la rinata figura del giurista, « in assenza di un potere politico compiuto, può raccogliere, organizzare, unificare un enorme materiale fattuale sparso » e può presentarsi come l'esperto che sa individuare le regole del vivere ordinato e civile, « quasi un mediatore fra cielo e terra » (pp. 45-46).

Per chi segua abitualmente la storia giuridica, la nascita e lo sviluppo della “Scuola di Bologna”, e la successiva evoluzione europea dello *ius commune* sono facilmente comprensibili. Se però ci si immedesima nel lettore di questo libro, in Europa e nel mondo, si può prevedere che possa sembrargli strano che, senza precetti imperativi (o “legislativi”), l'uomo del medioevo abbia riconosciuto a questi esperti del diritto l'autorità di indicare per tutti i propri contemporanei le regole di comportamento in ogni aspetto della vita quotidiana. Paolo Grossi, senza scendere — giustamente — nella descrizione della personalità di singoli giuristi (neppure Irnerio o Accursio...), sottolinea perciò in poche ma dense pagine l'autorevolezza acquisita da questi esperti con la loro “scienza” a commento dei *libri legales* e quindi la credibilità riconosciuta alle loro affermazioni, ma anche la capacità di questa “scienza” di rispondere in modo incisivo e costruttivo alle esigenze della vita del tempo. Si trattava di « personaggi [...] ben inseriti all'interno della società civile [...] attentissimi a quanto accade fuori dello scrittoio o dell'aula di lezione » (p. 47), quindi non di quei “maestri” teorici, attenti alla sola speculazione dottrinarica propria, come si è spesso detto in passato. Se così fossero rimasti (e qualcuno può esserlo restato), la società civile non sarebbe stata colpita — anche sul piano operativo — dalla loro scienza e non si sarebbe rivolta a que-

ricostruire il diritto altomedievale tramite la sua sporadica legislazione, quasi che il clima positivistico vi si potesse applicare.

st'ultima ed a loro per farsi indicare le regole di vita da seguire. La "scienza" dei giuristi si rivela non solo credibile, ma anche operativa: l'uomo del medioevo si affida ad essa.

Superato tale non facile passaggio, il libro riesce poi ben più facilmente a far notare che si forma « una comunità di giuristi, che non conosce frontiere » e che quindi nel tardo medioevo, tramite lo *ius commune* si « realizza l'unità giuridica europea » (p. 53). A questo punto il lettore, anche dopo aver percepito che accanto a questi concetti generali, circolanti in tutta Europa, esisteva un ampio pluralismo giuridico, con un sottostante intenso particolarismo locale, potrebbe acquietarsi e pensare che la situazione non sia in seguito cambiata, e quindi compiacersi di un'unitarietà del diritto europeo che affonda le sue radici sin nel medioevo. Egli ha però davanti ai suoi occhi una realtà ben diversa: tutte queste legislazioni statali differenti, che impediscono un diritto europeo unico, da dove provengono? Paolo Grossi non glielo dice forse esplicitamente, ma glielo lascia dedurre: derivano dalla triade "Stato-sovrano-legislatore", che sin dal Trecento ha iniziato a dare le prime avvisaglie di sé ed ha poi manifestato le sue più tipiche tendenze imperative nei secc. XIX-XX. Dal medievale pluralismo giuridico entro un "sistema" unitario (ed europeo), quello dello *ius commune*, si è via via passati al diritto particolare di ogni stato "sovrano" dell'Ottocento, in cui sempre più il diritto è stato inteso come l'insieme delle leggi "positive" di quel certo Stato.

Di tale processo storico, lungo circa mezzo millennio, Paolo Grossi mostra — tra le righe — di non essere per nulla entusiasta. Lo segue e lo registra, lo illustra con chiarezza, ma non lo ama. Non ama il legislatore, che si sovrappone con criteri "politici" al lavoro scientifico (*interpretatio*) del giurista; non ama l'assolutizzazione di uno Stato, che si sovrappone come "sovrano" al pluralismo sociale e tende a far morire i centri intermedi d'aggregazione sociale; di conseguenza non ama molto neppure i codici, coi quali lo Stato dal XIX secolo tende a dare — o imporre — una disciplina stabile e unica a tutto il corpo dei "cittadini", formalmente eguali ma in concreto indifesi di fronte alla "sovrana" autorità della "sua" legge. Tale situazione è invece quella che viene via via delineandosi in quella che Paolo Grossi denomina la « modernità giuridica » (p. 65) e che sul nostro continente gli sembra in via di estinzione, per un nuovo « paesaggio giuridico », in cui si stagli l'unificazione europea (p. 254), dalla quale si aspetta un « nuovo edificio giuridico » (p. 255).

Man mano che la trattazione si avvicina al presente la visione d'insieme lascia spazio ad una ricostruzione più particolareggiata e settoriale, come se l'obiettivo si approssimasse al soggetto; per il periodo più remoto, invece, alcuni grandi tratti semplificano — ma nello stesso tempo rendono più incisivo — il quadro. Il diritto è ricostruito soprattutto nella sua sfera privatistica; sin quasi alla fine del medioevo la

trattazione inoltre non fa cenno a figure di giuristi, che vengono poi invece a vivacizzare la ribalta — soprattutto dall'Ottocento — con le loro metodologie e visioni scientifiche.

Quest'impostazione, accentuata poi via via, si nota in specie a partire dalla « modernità giuridica », che Paolo Grossi considera avviata sin dal Trecento, con il rilievo progressivamente assunto da « quella dimensione individualistica che sarà assolutamente dominante per tutta la modernità » (p. 70). In effetti, il percorso è lungo e tortuoso, dato che « la ricerca di un nuovo ordine giuridico durerà secoli, si concretterà in una lenta ma progressiva crescita, dandoci un modello compiuto, un ordine ormai interamente rinnovato, solo alla fine del Settecento », con lo scossone rivoluzionario francese (p. 72). In questi quattro secoli due sono i movimenti culturali basilari: prima « l'umanesimo giuridico [...], protagonista vivace della scienza giuridica del Quattrocento e del Cinquecento », poi « la grande avventura del giusnaturalismo », che percorre l'Europa nei secoli XVII e XVIII (p. 96).

Mentre questi grandi filoni culturali incidono a fondo sulle stesse metodologie di approccio al diritto degli intellettuali europei del tempo, nel continente più di prima si segnalano realtà territoriali con proprie specificità, che il libro — nella sua visione d'insieme — non può ignorare, ma che è costretto a seguire via via tramite un'illustrazione settoriale, in specie riguardo alla monarchia francese, al regno d'Inghilterra ed alla situazione tedesca. Il discorso si fa quindi più complesso, ma pure più spezzettato ed articolato, ed è segnato dal rapporto tra queste realtà territoriali ed i grandi momenti dell'umanesimo e della "riforma" prima, del razionalismo e del giusnaturalismo poi.

Il secolare diritto comune, messo sotto pressione a vari livelli da critiche fondate e consistenti e dall'incombente progressiva legislazione statale, rivela in età moderna le sue indubbe crepe. La stessa posizione del giurista — e del giudice — è attaccata con vigore ed entra in crisi: mentre « all'arbitrio dei giuristi, ossia dei possessori del sapere tecnico » vengono imputate la confusione, l'irragionevolezza e l'iniquità del sistema, in tutta Europa « il diritto diviene l'oggetto privilegiato della riflessione intellettuale e dell'azione politica » (pp. 106-107). A trarne vantaggio finisce con l'essere la legge del principe (assoluto), che si presenta come lo strumento nuovo che viene a fissare d'autorità le regole necessarie alla società del tempo.

È questo un punto-chiave delle considerazioni del libro. Le critiche al sistema da tempo esistente si rivelano fondate, ma finiscono col portare ad una « profonda contraddizione che lo storico non può mancare di rilevare » (p. 111). L'adeguamento alle necessità della società affidato alla sensibilità dei giuristi nel medioevo era sembrato soddisfacente; in età moderna invece si rivela insufficiente agli intellettuali e politologi sei-settecenteschi in nome di principi "naturali" ed univer-

sali, a cui il diritto — ovunque ed in astratto — dovrebbe ispirarsi. È, in effetti, l'aspettativa per un "codice" universale valido per ogni uomo ed ogni società, che l'illuminismo giuridico vuole costruire. Alla fin fine, però, questo modello generale è affidato proprio alla realizzazione di ogni principe "illuminato" ed inciampa così sia nel particolarismo giuridico statale sia nell'assolutezza delle scelte legislative del principe, a tutto svantaggio tanto della società quanto dell'unitarietà dell'"ordine" europeo. « Questo passaggio dall'universalismo giusnaturalistico al particolarismo statalistico rappresenta l'antinomia fondamentale che sta a base della Modernità politica e giuridica » (p. 110). Tale grave incongruenza — qui come in altre occasioni — è denunciata con vigore da Paolo Grossi, che sottolinea criticamente la realizzazione di un « rigidissimo monismo giuridico », per cui « si farà i conti unicamente con la volontà del legislatore » (pp. 112-113).

Questa è la cesura che giunge praticamente sino ai nostri giorni, ed il libro vuole farla notare al lettore. Il legislatore può tutto, perché rappresenta assiomaticamente la "volontà generale": il giurista — ed il giudice — vedono ridotta la loro funzione a quella — asettica — di "bocca della legge". Nella legge, espressione delle scelte "politiche" del tempo, sta ogni potere ordinamentale dell'uomo e della società; il giurista sottostà al politico, la vita quotidiana alle sempre più invadenti scelte dell'élite dirigente. In proposito Paolo Grossi parla perciò da tempo di « assolutismo giuridico » (e della legge), nei confronti anche dei corpi sociali esistenti e della quotidianità della vita, tanto associata che del singolo, suscitando a questo riguardo anche un articolato dibattito.

La considerazione in generale privatistica del libro in tema di diritto non può a questo punto prescindere però da alcuni importanti aspetti pubblicistici, ispirati dai diritti innati e da un costituzionalismo, che ha avuto un indubbio rilievo nella tradizione giuridica europea, per quanto connotato da caratteristiche diverse — sia ideali che pratiche — in Francia ed Inghilterra: il libro lo presenta negli elementi essenziali. Tra la Francia e la Gran Bretagna c'è però un'altra grande differenza: la prima adotta il "nuovo" sistema del codice, la seconda resta ancorata al suo tradizionale "*common law*". È una diversificazione che dura sino ad ora, che sin dall'inizio ha diviso — e divide nelle considerazioni — sia storici che giuristi: era logico che il libro si soffermasse a chiarire in proposito al lettore le scelte "politiche" di fondo e le conseguenze ancora attuali.

L'avvento del "codice", nello specifico di modello francese, ha caratterizzato un'epoca, con un'adesione di gran parte della cultura ottocentesca: ne è stato creato un mito, con una visione che oggi può apparire eccessivamente ottimistica e fors'anche un po' ingenua, tanto nella bontà della soluzione, quanto nella capacità — e correttezza — di procedervi da parte di un legislatore, che Federico Sclopis auspicava

« perito », ma che oggi è considerato anche un po' partigiano. Comunque « l'Ottocento è l'età del Codice » (p. 153): Paolo Grossi rileva che è proprio da questo momento che si nota quell'appiattimento — deprecabile — del diritto sul “codice” e sulla “legge” e quell'irrigidimento ed impoverimento della creatività della vita quotidiana e della stessa attività del giurista, a cui sono addebitabili pure alcuni dei mali presenti. Si tratta perciò di un momento — e di un passaggio — di rilievo per il diritto europeo.

Il libro a questo punto segue un duplice filone. Da un lato, constatato che « per tutto il secolo circola una vera smania di codificazione » (p. 149), ne segue le principali manifestazioni in Europa; dall'altro, consapevole della limitatezza dell'ancoramento del diritto alla legislazione, si preoccupa di far sentire le voci principali della scienza giuridica europea, volta ad interrogarsi sull'essenza stessa del diritto, ma tesa pure ad una costruzione dottrinarica degli istituti giuridici. La legge ed il legislatore dovrebbero occupare ormai completamente la scena; su questa, invece, appaiono via via numerose personalità — dai giuristi tedeschi della “scuola storica” e poi della Pandettistica, allo svizzero Huber ed ai francesi Saleilles e Génv, a quelli tanto del “giuslberismo” mitteleuropeo quanto del socialismo europeo — che indicano la capacità della scienza giuridica europea di aprire nuove prospettive al diritto, proprio nel periodo nel quale l'onnipotenza del legislatore dovrebbe metterne quasi a tacere la vivacità intellettuale.

Paolo Grossi per i secoli precedenti non si è in genere soffermato su “scuole” o giuristi singoli. Lo fa invece a questo punto: la causa può risiedere nell'importanza del pensiero di tali studiosi ancor oggi, nel loro rilievo in contrapposizione o in aggiunta al legislatore, nell'aspirazione dell'autore di attestare che — nonostante l'« assolutismo giuridico » e lo strapotere del legislatore — la scienza giuridica è viva e continua nella sua capacità di autonoma riflessione riguardo al diritto. Mi sembra che proprio questa possa essere la più valida spiegazione: l'elaborazione dottrinarica continua, ed il libro segue in particolare ancora la nascita della comparazione giuridica, il sorgere della dottrina giuslavoristica ma anche di un'agguerrita commercialistica, attenta agli indubbi mutamenti nel campo del diritto “degli affari”. A chiusura di un'epoca, persino la Chiesa adotta un codice, per quanto integrato dall'*aequitas canonica*: il “mito” del codice, ancora nella prima metà del Novecento, non si affievolisce e Paolo Grossi non può non tenerne informato il lettore.

Il libro passa così agli « itinerari contemporanei »: essi da un lato non possono ignorare la persistente tendenza del legislatore ad estendere dimensione e ruolo del suo intervento, dall'altro rivelano i limiti — e le distorsioni — proprio della sua costante ed immanente presenza. Siamo ormai nel Novecento: le sollecitazioni di vicende, iniziative e tendenze aumentano e si riconnettono anche a quella prospettiva

“pubblicistica”, in cui gioca un suo indubbio ruolo lo Stato, nel bene come nel male. In una quarantina di pagine il lettore, ormai testimone sensibile ed informato del suo tempo, si trova di fronte ad una rapida successione di prospettive, che toccano i progetti solidaristici di un filone di intellettuali europei per dare un nuovo volto al diritto del proprio tempo, allargano lo stretto costituzionalismo liberale ottocentesco alla visione comunitaria weimariana, ma passano pure attraverso le storture e gli snaturamenti del diritto da parte del comunismo sovietico, del nazismo e del fascismo.

Dopo queste esperienze, pesanti e dolorose, il “mito” dello Stato ha segnato il passo, ed anche quello del codice ha perso terreno, in un’epoca portata alla globalizzazione. Nel diritto si è fatta quindi sempre più strada una prospettiva sovrastatale europea: mentre le differenze fra i contrapposti sistemi anglosassone e continentale sembrano ridursi, tende a sfaldarsi il monopolio legislativo statale e riprendono vigore quei “corpi intermedi”, che la visione livellatrice ed onnicomprensiva dell’« assolutismo giuridico » comprimeva (se non deprimeva o contrastava). Si tratta di una situazione in evoluzione, che attira in modo positivo l’attenzione di Paolo Grossi: « gli idoli venerati della vecchia mitologia giuridica della modernità appaiono in buona parte infranti: statualità del diritto, legge, principio di rigidissima divisione dei poteri, gerarchia delle fonti » (p. 254).

Da più parti si parla, da tempo, di “crisi dello Stato”: le valutazioni e le prospettive possono essere diverse, a seconda anche dell’angolo visuale da cui si esamina il problema. A chi non ha mai granché apprezzato lo Stato, ciò può apparire comunque positivo, ad altri forse un po’ meno. In questo libro si parla poco dello Stato, per la stessa prospettiva “privatistica” con cui è impostato; la questione emerge solo al fondo, in modo quasi traumatico, ma significativo della necessità di costruire « un nuovo edificio giuridico » postmoderno di livello europeo (p. 255); per esso, senza dirlo espressamente, Paolo Grossi sembra auspicare — per rispondere al « dove andiamo? » di Le Goff — che un posto di rilievo sia riservato anche alla costruzione “spontanea” del diritto tramite il contributo dei giuristi e della scienza giuridica, che invece lo strapotere della « legge » in passato ha pensato in teoria di escludere (... in concreto, peraltro, non è andato poi sempre così...).

All’iniziale interrogativo su « chi siamo? » di Le Goff Paolo Grossi in definitiva, tende infatti a dare una risposta orgogliosa, fors’anche un po’ corporativa: siamo noi giuristi ad aver costruito « l’Europa del diritto », con la nostra specifica scienza giuridica oltre — e più — di quanto si può pensare abbiano fatto i politici-legislatori. Ciò vale per il passato, ma può valere anche per oggi e domani. La medievale « voce di un’intera comunità di giuristi, che non conosce frontiere e [...] realizza l’unità giuridica europea nel sistema del diritto comune » (pp. 52-53) riappare ora, in un periodo postmoderno dopo le compres-

sioni statualistiche dell'età moderna ed otto-novecentesca, in un « nuovo paesaggio giuridico [...] per far posto ai basamenti di un nuovo edificio giuridico » (pp. 254-255), nel quale sembra che proprio la scienza giuridica possa contribuire con efficacia a delimitare numerosi elementi.

Al colto lettore del secolo XXI il libro lascia intendere che nel passato, fra medioevo ed età moderna, una certa organica unitarietà di principi giuridici era stata raggiunta in Europa, grazie alla perspicacia “ordinante” della scienza giuridica. Ad essa si è venuta prima sovrapponendo e si è poi sostituita la volontà dei vari legislatori dei diversi “Stati sovrani”, ad imporre la visione “politica” delle loro scelte, ma anche a frammentare in tanti localismi statuali la precedente unitarietà dello *ius commune*. L'attuale aspettativa europea è quella del superamento di questi particolarismi, ma la persistenza dei singoli Stati ne frena la corsa: in parecchi settori — in specie quelli più vicini all'economia ed alla società — la capacità creativa dei giuristi può fornire gli strumenti per superare le frontiere legislative statali e costruire principi giuridici comuni a regolare aspetti importanti della vita associata, ad esempio in tema di contratti come di responsabilità, di rapporti interpersonali come di diritti individuali, di qualità della vita come di tutela della persona umana.

Il libro, nella sua conclusione, lascia rispettosamente aperto al lettore uno scenario che l'autore non vuole riempire. Ma un lettore attento a quanto vi è contenuto percepisce il messaggio implicito: l'attuale giurista europeo (il teorico come il pratico, il giudice come l'avvocato, il notaio come il consulente giuridico) è disponibile a trovare quelle soluzioni giuridiche condivise che non si impongono sulla società, ma si adattano ad essa e la fanno procedere avanti, come è avvenuto nell'Europa del diritto comune, tramite nuove costruzioni di teorie, di istituti, di soluzioni innovative valide per la vita contemporanea.

Il giurista, con la sua scienza, può offrire — al di fuori dei contrasti di politici e legislatori — un appoggio consistente al processo di formazione europea, purché lo si lasci lavorare con autonomia e serenità. L'ottimismo di Paolo Grossi, basato sulle esperienze giuridiche del passato, risponde in proposito in modo positivo al “nichilismo” giuridico di Natalino Irti ed alla stessa “codificazione di principi” di Stefano Rodotà: esso lascia al lettore una prospettiva di fiducia in quella capacità “scientifica” del mondo dei giuristi, a cui l'autore sempre si è compiaciuto di appartenere e verso la quale ha mostrato costante e consapevole stima. Paolo Grossi, quindi, da storico del diritto, non solo ha contribuito, culturalmente, a ricostruire con efficacia « donde veniamo », ma muovendo da ciò ha potuto anche indicare ad un lettore attento « dove andiamo »: in tal modo ha prospettato pure uno scenario positivo e fruttuoso sul futuro destino del diritto — e dei giuristi — in Europa, inserendo con autorevolezza la sua voce nell'at-

tuale dibattito sul ruolo del diritto e del giurista nella società contemporanea.

GIAN SAVINO PENE VIDARI

MICHELE LUMINATI, *Priester der Themis. Richterliches Selbstverständnis in Italien nach 1945*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 2007, 463 pp.

L'obiettivo perseguito dalla ricerca di Michele Luminati è indicato con precisione già nelle prime pagine del libro (e si riflette nel suo sottotitolo): non una storia della magistratura nell'Italia del secondo Novecento, non una storia di norme e di istituzioni né un'indagine propografica che ricostruisca i profili e le carriere dei giudici; non una ricostruzione dell'associazionismo dei giudici né una storia delle loro 'ideologie' e dei loro modelli giuridico-culturali, ma la storia di un discorso: un discorso racchiuso in un *corpus* testuale rigorosamente concluso; un discorso composto di testi non soltanto dedicati al 'giudice' (al suo ruolo, ai suoi doveri, a ciò che il giudice è o deve essere), ma anche redatti da giudici. Il giudice compare, per così dire, due volte nel discorso analizzato: come autore e come tema dei testi. L'oggetto della ricerca è il discorso che i giudici italiani dal secondo dopoguerra a oggi sviluppano riflessivamente su se stessi: un discorso che costituisce la auto-rappresentazione di un ceto professionale tanto peculiare quanto decisivo nella dinamica dell'ordinamento e della società italiana del Novecento.

La storia narrata da Luminati è la storia di *un* discorso e tuttavia al contempo essa riesce a offrirci una visione penetrante e complessiva della magistratura italiana, della cultura giuridica cui essa attinge come dei conflitti interni ad essa, delle vicende politico-istituzionali che la riguardano come delle personalità e delle carriere dei giudici (non manca, a chiusura del volume, una lunga e accurata appendice prosopografica). Occorre allora chiedersi come l'autore sia riuscito a realizzare questa felice *coniunctio oppositorum*: come sia riuscito a immergersi in una auto-referenziale tradizione discorsiva (il discorso sui giudici sviluppato dai giudici per i giudici) e al contempo a darci conto del mondo (della cultura, dei poteri, dei conflitti) di cui quel discorso è parte.

A rendere possibile l'impresa intervengono ovviamente gli elementi indispensabili per il successo di qualsiasi ricerca: una grande massa di dati testuali scrupolosamente raccolti, un'approfondita conoscenza del contesto storico-culturale, la felicità della 'diagnosi' e la capacità di distinguere l'accidentale dall'essenziale. Vorrei però richiamare l'attenzione su una caratteristica ulteriore, anch'essa importante

per il raggiungimento del risultato perseguito e non sempre presente, pur nel variare delle generazioni, nelle ricerche storico-giuridiche: una rigorosa consapevolezza metodologica e il ricorso a categorie teoriche originalmente rielaborate allo scopo di mettere a fuoco l'oggetto della ricerca e 'trattarlo' nel modo più efficace.

Luminati fa riferimento a tre concetti — 'discorso', 'sistema' e 'campo' — che rinviano rispettivamente a Foucault, a Luhmann e a Bourdieu, ma vengono liberamente ripensati e 'contaminati' non in nome di un improbabile eclettismo, ma in funzione della loro destinazione operativa. La nozione di 'discorso' permette di cogliere la dimensione 'strutturale' dei testi, le loro regole interne, gli schemi argomentativi e le figure retoriche ricorrenti, valorizzandone l'efficacia 'disciplinante', la capacità di dettare le 'regole del gioco' cui gli autori finiscono per attenersi. Grandezza 'oggettiva', influente sulle scelte dei singoli giudici-scrittori, il discorso rende possibile la auto-comprensione e la riproduzione del ceto professionale di cui è espressione. L'unitarietà e l'autonomia del discorso (se si vuole, la sua luhmanniana auto-referenzialità) non devono però indurre a vedere in esso una monade autosufficiente: il discorso compare piuttosto come momento di un 'campo di forze', come una pratica sociale accanto ad altre, non solo specchio ma posta in gioco dei conflitti politico-sociali (pp. 13-21).

È un siffatto discorso — che è al contempo pratica sociale e visione del mondo, veicolo di legittimazione di ceto e luogo di conflitti — che Luminati 'mette in scena', a partire dal momento in cui giudici italiani prendono di nuovo la parola, liberi dai condizionamenti imposti dal regime fascista. Ed è nel discorso dei giudici che emerge, già nelle sue prime manifestazioni, la metafora dominante (vorrei dire la 'metafora ossessiva'); la metafora destinata a tener banco per tutto il primo ventennio dell'Italia repubblicana: il 'sacerdote di Temi'.

Questa metafora compare nel titolo di un libro, pubblicato dal giudice Guido A. Raffaelli nel 1945, che si propone di delineare i profili essenziali della professione di giudice, indicando ciò che il giudice è e deve essere, quali siano i valori e le regole cui la sua vita deve conformarsi. Ne viene fuori una sorta di *speculum iudicis* del secondo Novecento, sviluppato intorno a una metafora guida: il carattere 'sacerdotale' del giudice. Questa metafora è importante da molti punti di vista. In primo luogo, essa non è l'invenzione estemporanea di un singolo autore, ma, già circolante nel 'discorso' giudiziale, strumento della auto-rappresentazione di ceto, è raccolta, rafforzata, rilanciata da Raffaelli nell'immediato dopoguerra. In secondo luogo, la metafora impiegata riesce a condensare ed esprimere i profili che il discorso giudiziale ha assunto e continua ad assumere come decisivi.

L'immagine sacerdotale della giustizia e dei suoi ministri suggerisce un'investitura *ex alto*, esonerata da qualsiasi rapporto e contatto

con la società, e al contempo conferisce al giudice un'aura che ne permette la collocazione (ideale, simbolica) al vertice della società. Investito di una missione sacrale, il giudice non può confondersi con il resto della società: il laico è qualitativamente (sacramentalmente) distinto dal sacerdote e sottoposto al suo magistero sapienziale. Discende coerentemente da questa metafora il culto delle forme, della ritualità, della gestualità, delle pose, degli abiti, che devono concorrere a segnare l'isolamento del magistrato e la sua eccellenza sapienziale (proprio per questo, le immagini fotografiche dei giudici, nel solenne esercizio delle loro funzioni, non hanno un valore esornativo, ma integrano efficacemente l'analisi del discorso giudiziale sviluppata dal nostro autore). La denuncia benthamiana del carattere religioso e misterioso del linguaggio giuridico viene rovesciata: l'amministrazione della giustizia richiede l'intervento di figure 'sacerdotali', che tali saranno non soltanto nell'esercizio delle loro funzioni, ma anche nella vita privata. Abbonda quindi una precettistica minuta volta a disciplinare il comportamento pubblico e privato del giudice all'insegna del controllo delle passioni, dell'isolamento, del decoro. Con la conseguenza, in qualche modo scontata, di due divieti: il giudice deve astenersi da un'azione di carattere sindacale (inconciliabile con la dignità) come da qualsiasi impegno politico (incompatibile con l'imparzialità). Il giudice-sacerdote guarda non verso il basso, ma verso l'alto: guarda solo alla legge e alla volontà statutale che in essa si è incarnata.

È questo il nucleo a partire dal quale Luminati ci descrive le strategie di rappresentazione e di legittimazione di ceto dominanti nella magistratura italiana del primo ventennio repubblicano. Al contempo però egli estende il raggio della sua analisi sia in una direzione diacronica (per interrogarsi sulla dinamica del discorso giudiziario nell'Italia pre-fascista e fascista) che in un orizzonte sincronico, ricostruendo i nessi che collegano il discorso dei giudici con la cultura, le istituzioni, la politica del periodo (aprendo 'finestre', per usare la terminologia del nostro autore, che si affacciano sul contesto politico-culturale cui il discorso giudiziario appartiene).

Per quanto riguarda il suo sviluppo diacronico, il discorso dei giudici inizia la sua singolare e longeva *imitatio sacerdotii* con l'avvento di una generazione di 'giudici funzionari' che, dopo il tramonto della figura post-risorgimentale del 'giudice politico', trova nella metafora sacrale un efficace veicolo di legittimazione e di rappresentazione del proprio ruolo professionale e sociale. Se però ancora nell'Italia liberale, nell'ambito delle prime esperienze associative del ceto giudiziale, non mancano inquietudini e aperture a immagini diverse del ruolo del giudice e dei compiti della giurisprudenza, con l'avvento del fascismo si realizza una perfetta saldatura fra la sacralizzazione della figura del giudice e la sua assoluta fedeltà allo Stato e alla legge.

Assistiamo così a una 'doppiezza' paradossale, che tornerà a mani-

festare puntualmente i suoi effetti nell'immediato post-fascismo. Da un lato, sembra possibile sostenere la tesi che durante il fascismo la maggioranza dei giudici ha obbedito 'soltanto' allo Stato e alla legge (tenendosi quindi lontana da una diffusa compromissione con l'ideologia fascista); dall'altro lato, però, è plausibile far notare che proprio la fedeltà sacrale allo Stato era la migliore collaborazione possibile con un regime che aveva identificato se stesso con lo Stato e con la difesa della sua autorità.

È proprio questa ambiguità di fondo a incidere su una delle più note rappresentazioni del ruolo del giudice (provenienti dall'esterno del discorso giudiziario) cui Luminati fa riferimento: quell'*Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, pubblicato da Calamandrei nel '35, dove la celebrazione del giudice come imparziale e intransigente zelatore della legge e soltanto della legge — una celebrazione che vuol essere un velato attacco alla dittatura in nome del diritto e della sua certezza (in una prospettiva che sarà fatta propria da Lopez de Oñate) — rischia di essere un'arma spuntata, dato che il fascismo stesso aveva piegato ai suoi fini la supremazia della legge e il principio di legalità formale.

Finisce il fascismo e comincia la repubblica; ed è proprio all'inizio di questa fase storica per tanti aspetti discontinua nei confronti del recente passato che Raffaelli rivisita il luogo retorico della 'sacralità' del giudice e ne sostiene l'inalterabile validità. Il messaggio veicolato dalla metafora del giudice-sacerdote è complesso e impiegabile in più direzioni. In primo luogo esso presenta l'indipendenza del magistrato come la sua doverosa, assoluta separazione dalla politica: dalla nuova politica repubblicana (ispirata al pluralismo dei partiti e al primato della costituzione) come dalla vecchia politica del fascismo. Il magistrato è il sacerdote dell'autorità statale. Lo Stato allora — è questo il messaggio ulteriore e implicito trasmesso dalla metafora — è un'entità sottratta ai contraccolpi delle ideologie e delle politiche contrapposte. Esiste lo Stato, piuttosto che lo Stato fascista e lo Stato repubblicano. Ciò permette, simultaneamente, di de-fascistizzare il primo e di passare sotto silenzio le novità del secondo, minimizzando la rottura indotta dal processo costituente. E permette di conseguenza di presentare la magistratura nel suo complesso come indenne da imbarazzanti *liaisons* con il fascismo.

È questa la strategia di auto-legittimazione dominante nella magistratura per tutti gli anni Cinquanta; una strategia che non può dirsi legata a nostalgie in senso proprio 'fasciste', ma evoca piuttosto la sindrome della 'personalità autoritaria' tematizzata, alla fine degli anni Quaranta, da Horkheimer e Adorno: in un senso (mi sembra) non troppo diverso, Luminati, adottando una terminologia impiegata da De Luna e da Revelli, parla di 'fascismo esistenziale'.

Certo, nemmeno negli anni Cinquanta, nonostante l'irrigidimento

delle contrapposizioni ideologico-politiche nell'orizzonte della 'guerra fredda', il discorso dei giudici è una realtà compatta e monolitica: ai suoi margini (così come all'esterno di esso) emerge già qualche segno di tensioni destinate a maturare nel decennio successivo. Fra le più precoci e interessanti avvisaglie Luminati menziona le prese di posizione del giudice Apponi (già attivo nel Partito d'Azione e nella resistenza), che, per un verso, richiama l'attenzione sul ruolo della costituzione, e, per un altro verso, affronta il problema (destinato a divenire incandescente) della 'indipendenza interna' dei giudici (cioè dell'esigenza di garantire a ciascun giudice un'effettiva libertà di giudizio, di contro alla imperante concezione burocratico-verticistica — e 'carriéristica' — dell'ordine giudiziario e del ruolo del giudice). Né meno interessante (guardando alla realtà 'esterna' al discorso giudiziario) appare l'evoluzione dello stesso Calamandrei, che reclama l'attuazione della costituzione, denuncia l'avvenuto passaggio dalla 'resistenza' alla 'desistenza' e supera (in una nuova edizione del suo *Elogio del giudice*, opportunamente richiamata da Luminati) le strettoie formalistiche della sua precedente ermeneutica giuridica (a partire dall'idea del 'sillogismo giudiziale').

Cominciano a serpeggiare all'interno del ceto dei giudici una sotterranea inquietudine e una latente conflittualità, riconducibili, più che a un conflitto generazionale, alle diversificazioni 'strutturali' interne all'ordine giudiziario, diviso fra 'centro' e 'periferia', fra 'vertice' e 'base'. Stentano però a emergere modelli alternativi capaci di contrastare la dominante immagine del 'sacerdote di Temi': anche là dove le insofferenze nei confronti della dominante 'ideologia di ceto' si fanno più acute — come avviene nel coraggioso *Diario di un giudice* di Dante Troisi (che pagherà poi con la fuoriuscita dalla magistratura la sua intemperanza) — vengono denunciate la drammatica discrepanza fra la ieratica solennità dei riti e la brutale pochezza della quotidiana amministrazione della giustizia, viene contrapposta la realtà del giudice alla sua immagine idealizzata e sacralizzata, ma non viene ancora indicata una praticabile via d'uscita.

A muovere le acque interviene l'istituzione, nel '56, della Corte costituzionale: un evento che contribuisce notevolmente a catalizzare le energie della magistratura 'inferiore', se è vero, come ci ricorda Luminati attraverso Capurso, che nei primi quindici anni di vita della Corte il numero dei quesiti di costituzionalità sollevati dalla Cassazione è estremamente basso (rappresentando appena il 2% del totale). Al di là di un evento istituzionale pur così importante (seguito dall'avvio, nel '58, del Consiglio Superiore della Magistratura), sono comunque la società italiana e la sua cultura a cambiare rapidamente nel corso degli anni Sessanta, nel quadro di un'impetuosa 'modernizzazione' che introduce discontinuità ancora difficilmente immaginabili nei primi anni Cinquanta.

Per quanto riguarda la magistratura, comincia a mutare, negli anni Sessanta, con la comparsa di una notevole messe di studi storiografici e sociologici, la percezione del suo ruolo nel passato e nel presente: sembra troppo comoda la *fable convenue* di una magistratura impermeabile al fascismo e, più in generale, appare (interessatamente) ingenua l'immagine di una giurisprudenza che da nulla dipende se non da una tecnica giuridico-ermeneutica 'priva di presupposti'. Vengono posti al centro di numerosi studi storico-sociologici l' 'ideologia' del giudice e il suo legame organico con le classi socialmente e politicamente dominanti, con il risultato di offrire all'opinione pubblica (e innanzitutto ai giudici stessi) un'immagine assai meno consolatoria della magistratura, non solo durante il fascismo, ma anche prima e dopo di esso.

Sono forti le scosse che dal macrocosmo politico-sociale si propagano nel microcosmo giudiziario, producendo in esso mutamenti consistenti, e relativamente accelerati, a fronte della notevole staticità del quindicennio precedente. In primo luogo, l'unità (ecclesiale) del corpo dei giudici — uno dei grandi *idola* della tradizione — cade travolta dalla formazione di correnti, di gruppi organizzati, profondamente diversi fra loro: nasce nel 1964 il gruppo di 'Magistratura Indipendente', sorge, in un rapporto direttamente antagonistico, il gruppo di 'Magistratura Democratica', si organizza la corrente di 'Terzo Potere'. In secondo luogo, la auto-rappresentazione di ceto fino a quel momento dominante diviene il bersaglio di attacchi concentrici, di crescente radicalità. L'ortodossia viene insidiata da gruppi di 'eretici' sempre più agguerriti. È di Luminati l'adozione della coppia opposizionale 'ortodossi'/'eretici'. Questa scelta terminologica non è soltanto un tributo alla metafora 'sacrale-ecclesiastica' dominante nel discorso giudiziario del secondo dopoguerra, ma è soprattutto suggerita dalla metodologia impiegata e dalla consapevolezza dell'intreccio fra *doxa*, conflitto e potere caratteristico di ogni 'campo di forze', e quindi del discorso giudiziario (e si potrebbe peraltro pensare, guardando al versante 'cognitivo' della vicenda, anche alla distinzione kuhniiana fra scienza 'normale' e 'rivoluzione').

Se volessimo indicare un evento capace di assumere il valore di un simbolico atto di nascita di una nuova immagine di giudice dovremmo fare riferimento al dodicesimo convegno della Associazione Nazionale Magistrati, tenutosi a Gardone nel 1965. Emergono dal dibattito e dalla relazione del costituzionalista Maranini alcuni punti fermi, destinati a produrre effetti rilevanti negli anni immediatamente successivi: la costituzione (l' 'indirizzo politico', come lo chiama Maranini, l'insieme dei principî e dei valori costituzionali) come il punto di riferimento prioritario per il giudice; il carattere inevitabilmente creativo-valutativo dell'interpretazione giurisprudenziale; la responsabile libertà

di ogni singolo giudice nel suo lavoro di interpretazione-applicazione del diritto.

È facile comprendere la portata eversiva di questi assunti nei confronti dell'«ortodossia» giudiziale. Il disgelo della costituzione, il suo impiego come supremo criterio orientativo attraverso il quale leggere (e valutare) l'intero sistema normativo infra-costituzionale, si traduce in una «riscoperta» della politica, nella convinzione che l'atto del giudicare, lungi dall'essere l'espressione di una verità che, in sé conclusa, discende dall'alto grazie alla mediazione del giudice-sacerdote, implica valutazione, scelta, bilanciamento degli interessi, riferimento a valori e a principi (*lato sensu*) politici. Di questi principi, costituzionalmente consolidati, ogni giudice deve essere interprete, senza essere condizionato da pressioni gerarchiche e ricatti «carrieristici»: la parità (l'indipendenza «interna» dei giudici), già reclamata da pochi eretici nel periodo precedente, acquista una valenza nuova, presentandosi come un indispensabile presupposto della libertà-responsabilità interpretativa di ogni giudice.

Sono queste le tesi intorno alle quali si apre un duro conflitto (nel quale i vertici della magistratura non esitano a ricorrere allo strumento dei provvedimenti disciplinari) fra «ortodossi» ed «eretici»: i primi, legati all'immagine di un giudice (sacerdotalmente) separato dal mondo (della politica, degli interessi, dei conflitti) e i secondi, convinti della inevitabile «politicalità» dell'interpretazione giudiziale. È una dinamica per intendere la quale conviene tener presenti, ancora una volta, gli avvertimenti metodologici di Luminati: che ci ha invitato a guardare al discorso non solo come veicolo di rappresentazione del conflitto, ma anche come posta in gioco del conflitto stesso; senza dimenticare che le battaglie interne all'ordine giudiziario, alla fine degli anni Sessanta, sono sempre più strettamente connesse con i conflitti dilaganti nel macrocosmo sociale.

Come nella società, così nella magistratura assistiamo a un'accelerazione del cambiamento e quindi a un'intensificazione della conflittualità e a una crescente divergenza delle posizioni. La radicalizzazione, all'interno del gruppo degli «eretici», trova un forte appiglio nell'art. 3 della costituzione e nell'idea di un'eguaglianza chiamata dalla costituzione stessa a espandersi, a permeare l'intero ordinamento, a realizzarsi cancellando le persistenti discriminazioni. Il giudice allora, in quanto assuma la costituzione come criterio-guida del suo lavoro ermeneutico, non deve semplicemente rispecchiare l'ordine esistente, ma deve contribuire alla sua trasformazione. Il punto estremo di questa traiettoria può essere collocato nella prefigurazione di quella che fu chiamata una «giurisprudenza alternativa»: una giurisprudenza che, consapevole dell'impossibilità di un'interpretazione «neutrale», marxianamente convinta della dicotomica frattura fra capitale e lavoro, si contrappone alla vecchia giurisprudenza (nominalmente apolitica e

neutrale, ma in realtà organica al blocco socialmente e politicamente conservatore) e si colloca al fianco delle forze antagonistiche all'ordine costituito.

La frammentazione del discorso giudiziale (e quindi della auto-rappresentazione di ceto) non potrebbe essere più forte. È radicale la frattura fra ortodossi ed eretici, ma nemmeno il fronte anti-tradizionalista è monolitico: non solo è articolato in due distinti gruppi (Magistratura Democratica e Terzo Potere), ma è variegato anche all'interno della medesima organizzazione (Magistratura Democratica), a seconda dalle immagini di trasformazione sociale e delle connesse strategie che vengano volta a volta privilegiate.

Certo, valgono per tutti il vincolo della legalità e l'onere di muoversi all'interno della cornice costituzionale. Se però, ancora nei primi anni Settanta, il principio di legalità compariva più come un limite che come una risorsa e comunque non agiva come criterio di ricomposizione di un campo di forze ancora profondamente diviso, nel corso del decennio quello stesso principio, di fronte all'esplosione del fenomeno terroristico, finisce per acquisire un'importanza e una visibilità nuove: la difesa della legalità (contro il terrorismo, innanzitutto, ma anche contro le possibili torsioni autoritarie che il terrorismo rischiava di provocare nel sistema politico-giuridico) diviene un obiettivo potenzialmente unificante e la stessa esigenza di attuazione della costituzione e di trasformazione dell'ordinamento passa attraverso il prisma del 'garantismo'. 'Legalità' e 'indipendenza' appaiono ancora punti di riferimento del discorso giudiziario: a patto di ancorare il principio di legalità al primato della costituzione e alla portata vincolante dei suoi principî e di intendere l'indipendenza dai poteri e dai partiti come un requisito indispensabile per la realizzazione della funzione 'garantistica' della magistratura.

Il conflitto fra 'eretici' e 'ortodossi' è alle spalle: come ricorda efficacemente Luminati, « die Häresie hat ihren Dienst getan, die Häresie kann gehen » (p. 256). Il sacerdote di Temi è scomparso e dopo un traumatico conflitto una nuova 'normalità' si è formata (e la conflittualità prende a spostarsi dall'interno all'esterno del discorso giudiziario per manifestarsi soprattutto nel difficile rapporto fra il sotto-sistema 'giustizia' e il sotto-sistema 'politica'). Luminati, per esprimere sinteticamente (e ironicamente) un siffatto percorso, ricorre a una metafora calviniana: dal barone rampante (il giudice collocato 'in alto' e separato dal mondo) al visconte dimezzato, in perpetua lotta con se stesso (il giudice politicamente impegnato di contro al giudice-sacerdote), al cavaliere inesistente, animato soltanto dal senso del dovere e dallo spirito combattivo (il giudice 'garantista', costretto a un difficile confronto con la classe politica). Ciò che non è dato sapere è quanto possa continuare a combattere un cavaliere inesistente, privo di un adeguato supporto corporeo.

Sappiamo invece ormai abbastanza bene 'come sono andate le cose' nel recente passato. Lo sappiamo grazie ai contributi degli storici della magistratura (e fra questi innanzitutto il compianto Pietro Saraceno, cui il lavoro di Luminati è dedicato); e lo sappiamo grazie al libro del nostro autore; un libro che per il rigore dell'impianto, la ricchezza della documentazione e la persuasività della ricostruzione storiografica si presenta come un imprescindibile punto di riferimento per chiunque voglia occuparsi del 'discorso giuridico' (e non solo del 'discorso giudiziario') nell'Italia repubblicana.

PIETRO COSTA

CORRADO MALANDRINO, *Studi trentiniani. Silvio Trentin pensatore politico antifascista, rivoluzionario, federalista*, Manduria-Bari-Roma, Lacaita, 2007, 215 pp.; SILVIO TRENTIN, *Le determinazioni dialettiche e gli sbocchi ideologici ed istituzionali della rivoluzione antifascista [europea]*. Saggio inedito del 1944, a cura e con Intr. di C. Malandrino, Pref. di M. Revelli, Manduria-Bari-Roma, Lacaita, 2007, 244 pp.

In questi due volumi, editi da Lacaita in cofanetto, l'uno comprendente un insieme di studi di Corrado Malandrino su Trentin, l'altro impiegato per dare alla luce, con la cura sempre di Malandrino, un saggio inedito che l'antifascista veneto scrisse nel marzo 1944, risulta chiara la fisionomia di un personaggio che senza dubbio merita di essere annoverato tra i maggiori esponenti della cultura democratica italiana, accanto a Gobetti, Nitti, Sturzo: ai quali non a caso il Centro studi Piero Gobetti dedica una specifica Serie di testi. Scrive Malandrino che Trentin si temprò « nel corso di durissime battaglie contro la dittatura fascista e nazista nella prima metà del Novecento, traendo da quelle analisi critiche profonde, nonché gli stimoli e l'ispirazione per proposte politiche e istituzionali innovative, che ancor oggi si pongono al limite dell'orizzonte più progressista » (*Studi trentiniani*, p. 13); il che giustifica il cresciuto interesse degli ultimi anni verso la sua figura di pensatore e uomo d'azione rispetto alle prime ricostruzioni di tipo biografico o teorico-politico effettuate all'indomani della morte (1944) da autori come Bobbio, Rosengarten, Paladini. Il fatto però è che, secondo Malandrino, dalla pubblicazione degli *Scritti inediti* (Parma, Guanda, 1972) e delle *Opere scelte* (5 voll., Venezia, Marsilio, 1983-1988), che hanno notevolmente aumentato il materiale disponibile, fino all'importante trattato su *La crisi del diritto e dello Stato* edito in Italia da Giuseppe Gangemi nel 2006, non sono derivate tutte quelle conclusioni che si sarebbero potute trarre dall'opera complessiva di un pensatore fortemente convinto della necessità, per il Novecento, di li-

berarsi della cultura positivista e di riportare così il diritto nell'orbita della morale kantiana, ovvero in quel mondo di categorie e valori che sanciscono il primato della natura umana, la capacità degli uomini di costituirsi in società a partire dalla difesa della persona e dei suoi diritti.

Poiché la corretta realizzazione del diritto può aversi solo rifacendosi alla legge morale che sta a fondamento della giustizia, lo Stato, per Trentin, non va letto secondo la tradizionale impostazione del potere e della sovranità, ma secondo il principio dell'«ordine delle autonomie», cioè del manifestarsi di quelle istanze della società, che, da un lato, attengono all'universalità della legge morale, dall'altro sono espressive di una pluralità di insediamenti (federalismo), che danno linfa allo Stato medesimo, altrimenti propenso ad ostacolare, per sua stessa essenza, la marcia della democrazia in sviluppo. Insomma, secondo Trentin — osserva efficacemente Malandrino —, la democrazia federale è «la forma politica che realizza il dato etico fondamentale della dignità della persona incentrata sulla legge morale» ed una tale convinzione giusnaturalistica deve essere messa alla base della rivoluzione che dovrebbe favorire, una volta passata la guerra, il trapasso dal vecchio Stato capitalista e fascista al nuovo ordine, in cui le soluzioni non sono appunto il capitalismo borghese o il comunismo totalitario, e neppure una difficilmente precisabile 'terza via', ma una diversa aggregazione sociale fatta di socialismo integrale e di libertà, alla Proudhon, per intenderci, o alla Gurvitch, quest'ultimo dal giurista veneto interpretato alla luce delle risultanze del consiliarismo rivoluzionario marxista degli anni Venti (ivi, pp. 17-21).

Le componenti culturali che vanno a confluire in Trentin sono tali, in realtà, da renderlo più vicino a Olivetti e al suo comunitarismo integrale che non a Einaudi e Spinelli e alla loro liberaldemocrazia federale, sebbene la visione della crisi dell'Europa di Versailles e delle soluzioni possibili di questa crisi non faccia altro che avvicinarlo proprio ai secondi e alla loro denuncia del fascismo come «anti-Europa». Ma approfondire lo studio della personalità di questo intellettuale, che durante l'esilio entrò in contatto con giuristi come Hauriou e Bonnacase e poi si batté per l'unità d'azione in Italia, significa metterne in luce, oltre al valore della battaglia contro la dittatura (l'invio di volontari in Spagna contro Franco, la direzione nella Francia di Vichy del movimento resistenziale «Libérer et Fédérer», la guida con Lussu, dopo la morte di Rosselli, di Giustizia e Libertà), le peculiarità dell'approccio dottrinale. Le quali immediatamente risaltano anche nel testo qui riproposto, dove si legge che la rivoluzione antifascista europea necessita di un salto ideologico, capace di prendere le distanze sia dallo Stato borghese in nome dell'eguaglianza sia dallo Stato totalitario in nome della libertà.

In *Riflessioni sulla crisi e sulla rivoluzione* (1933), Trentin aveva

scritto che non bisognava assumere, del marxismo, il carattere deterministico, del resto in buona misura confluito nello stesso socialismo riformista, bensì lo spirito autenticamente rivoluzionario, intriso di libertà e di autonomismo, che proprio a certa tradizione culturale europea doveva la sua origine storica e gli impulsi più efficaci. Quindi, in *Stato-Nazione-Federalismo* (1940, pubblicato postumo, nel 1945) era giunto alla conclusione che si può arrivare alla libertà come autonomia solo abbandonando in modo definitivo il modello dello Stato nazione moderno. Così si spiega perché, nel momento cruciale dello scontro tra democrazia e dittatura, tra pluralismo e monolitismo, cioè nel 1944, la via da seguire gli sembrasse quella di un federalismo economico integrale che, accompagnato all'autonomismo istituzionale, risolvesse il collettivismo in un'esperienza del tutto diversa da quella sperimentata nel paese di Lenin e di Stalin, ovvero in una democrazia federale capace di estendersi, una volta affermata nei singoli paesi, all'intera Europa (Stati Uniti d'Europa).

Nel Fondo Silvio Trentin conservato al Centro studi Piero Gobetti di Torino (ma anche al Centro Trentin di Jesolo) sono contenuti diversi testi inediti che meritano di essere studiati e pubblicati, essendo essi altrettanto significativi di *l'Avventure italiane* (1928), o di *l'Antidémocratie* (1930), volti, come si sa, a mettere in evidenza, del fascismo, il carattere avventuristico e al tempo stesso sistematicamente dissolutore del costituzionalismo liberale (al riguardo, notevole lo scritto del 1929, *Les transformations récentes du droit public italien. De la Charte de Charles-Albert à la création de l'État fasciste*). Ma è possibile dire che il giurista veneto, che alla guerra contro l'Austria aveva partecipato in un'ottica risorgimentale per poi schierarsi nelle file della Democrazia sociale, dette ai suoi interventi un taglio radicale (la continua ricerca del 'nuovo' spiega certi iniziali tentennamenti di fronte a Mussolini), che voleva però dire, nel suo caso — fattasi più chiara la via da seguire —, non solo critica delle vecchie classi dirigenti, ma riforma progressiva della società, antifascismo quale realizzazione della democrazia in termini di libertà e di autonomia, come s'intitolava un saggio del 1925 che prendeva le distanze dal modello che Mussolini andava proponendo. Divenuto repubblicano, costretto alle dimissioni dall'Università e quindi all'esilio in Francia, Trentin maturò un federalismo social-libertario — sul modello anti-tirannico dei monarcomachi, suggerisce con felice 'provocazione' Malandrino, pp. 43 ss. — che lo sostenne fino all'approdo nel Partito d'Azione e alla tragica morte, che lo colse in una clinica di Treviso, dopo essere stato catturato e incarcerato a Padova dai fascisti di Salò.

CARLO CARINI

PIER PAOLO PORTINARO, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna, il Mulino, 2007, 346 pp.

Conviene prendere sul serio la metafora (il 'labirinto') che compare nel titolo dell'ultimo libro di Pier Paolo Portinaro. Un obiettivo dell'autore è infatti quello di smantellare le periodizzazioni e le schematizzazioni troppo rigide e troppo semplici per metterci in contatto con una realtà restituita alla sua (appunto labirintica) complessità. Due sono gli indicatori principali di questa complessità: in primo luogo, l'intreccio di molteplici forme politiche, la frequenza dei prestiti scambievoli e delle reciproche contaminazioni; in secondo luogo, la pluralità dei 'tempi storici', la varietà dei ritmi di trasformazione, all'insegna di quella *Gleichzeitigkeit* dell'*ungleichzeitig* (per usare le espressioni dell'autore) che costituisce, per chiunque si occupi di storia, un'esperienza ricorrente e una formidabile difficoltà 'diagnostica'. Il primo messaggio che la metafora ci comunica è dunque il senso della complessità. Il secondo messaggio è il riferimento all'intreccio dei percorsi, che si sovrappongono, si confondono e poi tornano a separarsi senza alcuna geometrica regolarità. L'immagine del labirinto, infine, esclude qualsiasi (più o meno consolante) teleologia: il labirinto è il contrario di una linea che procede dritta verso la meta.

La realtà-labirinto che Portinaro ci invita a considerare non è l'Occidente nel suo complesso, ma è l'Europa: l'Europa nell'interesse della sua parabola storico-istituzionale, dalla *polis* greca all'Unione Europea. Resta ai margini, anche se i riferimenti sono frequenti, il *Sonderweg* nord-americano: l'autore infatti condivide la tesi (di recente ribadita da Padoa Schioppa⁽¹⁾ e anche per me convincente) che lo sviluppo istituzionale europeo procede, fino a Novecento inoltrato, in modo sostanzialmente autonomo rispetto al modello statunitense.

L'Europa è un labirinto e l'Unione Europea ne è parte integrante: non già la fuoriuscita dal labirinto, la soluzione dell'enigma, ma una sua componente. Il libro dedica molta attenzione e un ampio spazio (quasi un quarto dell'opera) all'Unione Europea, senza però trasformarla nel fine immanente e nel filo conduttore della ricerca: che non privilegia il presente rispetto al passato utilizzando quest'ultimo come mero studio preparatorio o laboratorio del primo. Passato e presente compongono congiuntamente l'orizzonte storico-temporale del libro, tanto da rendere problematica o semplicemente irrilevante una *actio finium regundorum* fra un'area di competenza dello storico piuttosto che del costituzionalista (o viceversa).

Sono le istituzioni europee, in tutto l'arco del loro sviluppo, a co-

(1) A. PADOA-SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, il Mulino, 2003, p. 587.

stituire l'oggetto della ricerca di Portinaro. Occorre però intendersi sulla portata del termine 'istituzione'. Questa espressione sembra evocare, nell'uso corrente, complicate macchine organizzative e sofisticati congegni normativi, così come il 'pensiero' (la dottrina, la teoria, la filosofia politico-giuridica) rischia di essere ridotto ad astratte e innocue elucubrazioni accademiche. Al contrario, le istituzioni di cui Portinaro si occupa si collocano a un 'livello di realtà' in qualche modo antecedente alla distinzione fra 'organizzazione' e 'teoria' (anche se l'autore non manca di far notare, ove necessario, i momenti di frattura o comunque di tensione fra una determinata forma politica e la sua rappresentazione discorsiva). Da questo punto di vista, la storia narrata da Portinaro potrebbe dirsi, più che 'istituzionale', 'costituzionale' (in un senso del termine familiare più alla storiografia tedesca che alla storiografia italiana).

Come è possibile aggirarsi in un labirinto senza restarne prigionieri? È indispensabile un filo di Arianna che Portinaro individua in tre forme politiche: la *polis*, l'impero e lo Stato. È nella complicata fenomenologia delle loro realizzazioni, combinazioni, trasformazioni che è possibile trovare il motivo conduttore della storia istituzionale (o costituzionale) dell'Occidente europeo. Nell'Introduzione l'autore mette a punto il quadro tipologico di cui intende servirsi, mentre nei successivi capitoli la triade *polis*-impero-Stato viene messa alla prova nella sua funzione di guida nel labirinto delle istituzioni, fino all'attuale configurazione dell'Unione Europea.

Dei tre termini che compongono la triade, *polis* e Stato sono, se non i più semplici, almeno i più collaudati (e la difficoltà di un loro impiego tipologico e operativo può nascere semmai dall'eccesso di sollecitazioni — anche ideologiche — cui sono stati sottoposti da una vastissima letteratura). Diverso e in qualche misura opposto è il caso dell'impero: un concetto abbastanza trascurato sul terreno dell'analisi tipologica (lo stesso Weber vi dedica un'attenzione marginale) e solo di recente valorizzato soprattutto in ragione dei suoi impieghi 'geopolitici' (trans-nazionali e trans-statali), in qualche modo memori dell'attenzione schmittiana ai 'grandi spazi'.

In effetti, una fra le tante importanti acquisizioni storiografiche del lavoro di Portinaro è proprio la dimostrazione della fecondità euristica della forma politica 'impero' nella ricostruzione del labirinto delle istituzioni. Naturalmente sappiamo tutto (o molto) sui singoli imperi che hanno segnato la storia d'Europa (a partire dall'impero romano), così come sappiamo molto sull'una o l'altra città o sull'uno o l'altro Stato. È invece assai meno frequentato il terreno su cui si muove l'analisi di Portinaro; che non si esaurisce nella costruzione di modelli o tipi ideali sottratti a una puntuale verifica storico-sociologica né si risolve in un'analisi ravvicinata di singoli contesti, ma è la raffigurazione di forme in movimento (un apparente ossimoro), la rappresentazione di

un processo che si sviluppa attraverso la combinazione di strutture riconoscibili al fondo di contesti storico-istituzionali diversissimi. Ciò che preme all'autore è insomma disporre di un « modello storico-genetico dello sviluppo dei sistemi politici europei » (p. 18), che funzioni come « una chiave per l'interpretazione della complessità istituzionale europea » (p. 21).

Non si scambii però il modello storico-genetico con una sequenza lineare dove la *polis* scompare a vantaggio dell'impero e gli imperi si dissolvono dando luogo agli Stati. La città antica conosce una valenza espansionistica e 'imperiale', per non parlare del paradosso di Roma, che nasce e persiste come una *civitas* capace al contempo di svilupparsi come l'epicentro di un impero destinato a impressionare durevolmente la successiva storia europea. Nemmeno la vita della *polis* peraltro si esaurisce nei confini storico-cronologici dell'antichità, se è vero che la forma-città torna a essere — dopo la sua 'rinascita' basso-medievale — una componente decisiva della morfologia istituzionale europea. Forse con un eccesso di entusiasmo, ma in sostanza a ragion veduta, Cattaneo parlava della città come di un 'principio ideale' della storia d'Italia (ma potremmo dire d'Europa).

Forma politica di straordinaria longevità, la città è anche (e forse soprattutto) un luogo simbolico di grande suggestione. Portinaro non manca di ricordare i nessi che la tradizione repubblicana (di recente rivisitata e valorizzata, ma in realtà mai interrotta nel corso della plurisecolare storia europea) intrattiene con la forma-città: a riprova che le istituzioni di cui parla il nostro autore non sono mai 'soltanto' istituzioni, ma si presentano come snodi di una storia (tendenzialmente) 'totale'.

Certo, lo Stato, una volta raggiunto il culmine della sua parabola 'accentratrice', appare incompatibile con la permanenza di una *polis* come forma politica autosufficiente e compiuta. Ciò che più conta è però constatare che nel susseguirsi delle diverse forme politiche intervengono importanti 'traslazioni' dall'una all'altra. Appare allora difficile pensare la 'comunità immaginaria' dello Stato nazionale ottocentesco senza considerare i nessi che essa intrattiene con i simboli dell'appartenenza e con l'*ethos* identitario caratteristici delle comunità cittadine. Allo stesso modo gli Stati, se pure si formano in molti casi « in virtù dell'autonomizzarsi di signorie territoriali all'interno di Imperi in dissoluzione [...] » (p. 23) e presentano caratteristiche proprie e originali, tuttavia accolgono strutture burocratico-organizzative e ideali espansionistici già sperimentati all'interno della forma politica 'imperiale'.

In una parola, la tricotomia impiegata da Portinaro, se pure si presenta con i contorni netti e precisi caratteristici di ogni 'idealtipo', non appena viene messa in contatto con i processi storici e con la fenomenologia politico-istituzionale subisce tutti gli aggiustamenti necessari

per non incorrere in semplificazioni e forzature storiograficamente insoddisfacenti: « è necessario — scrive Portinaro — che la ricostruzione del percorso evolutivo complessivo poggi su categorie sufficientemente solide e al tempo stesso su un loro vigile ancoramento alle realtà storiche, onde evitare che nelle suggestive tessiture di un metaracconto s'insinuì il tarlo della semplificazione ideologica » (p. 53).

È in questa prospettiva che l'autore coglie con grande sensibilità (insieme storiografica e tipologica) i passaggi, i prestiti e le contaminazioni che intercorrono fra le diverse forme politiche. Ed è in questa prospettiva che egli affronta, nelle dense pagine che aprono la Prima Parte del libro, il difficile problema della scansione temporale del processo politico-istituzionale europeo. È facile intendere come le due questioni siano strettamente connesse: quanto più insisteremo sull'integrale appartenenza di un concetto o di una forma politica a una precisa 'sezione' storico-temporale, tanto più saremo refrattari a valorizzare il peso della tradizione, l'importanza dei lasciti e delle permanenze, mentre, per converso, sottolineare l'intreccio (sul piano della sincronia ma anche sul piano della diacronia) fra forme politiche diverse implicherà il rifiuto di un atteggiamento storiografico radicalmente 'discontinuista'.

L'esempio più celebre e discusso è offerto dalla forma politica 'Stato'. La tesi del suo integrale radicamento nella modernità sembrerebbe ormai acquisita. In realtà, non mancano tuttora testimonianze di un impiego assai meno 'caratterizzato' e storicamente circoscritto del termine 'Stato', se un autorevole studioso come Assmann ritiene di poter ricondurre l'introduzione della statualità addirittura all'antico Egitto (2). Converrebbe forse tener presente il carattere inevitabilmente metalinguistico (convenzionale ed operativo) di nozioni che costituiscono, prima che l'oggetto, lo strumento dell'operazione storiografico-ermeneutica. La conseguenza è che, quanto più la 'definizione previa' del concetto metalinguistico impiegato ('Stato', nell'esempio) è circostanziata e contenutisticamente determinata, tanto più breve è il raggio del suo possibile impiego (e viceversa quanto più la definizione è generica e formale tanto più aumentano i contesti cui essa appare riferibile).

La scelta di Portinaro mi sembra dettata da un notevole equilibrio e dall'apprezzabile esigenza di tenersi lontano da quei pregiudizi 'speculativi' o ideologici che rischiano di semplificare oltre il debito la comprensione storiografica del passato: dal pregiudizio dei « moderni, che tendono a proiettare su ogni forma di potere l'ombra della statualità », non meno che dal pregiudizio dei « post-moderni, che il fantasma di una statualità indifferenziata combattono per ogni dove » (p.

(2) J. ASSMANN, *La memoria culturale*, Torino, Einaudi, 1997.

58). Diviene allora possibile segnalare continuità e permanenze, non meno che fratture e innovazioni, restituendo al racconto qualcosa della complessità (appunto 'labirintica') della realtà. Valga l'esempio della sovranità, della cui declinazione 'moderna' dobbiamo sicuramente sottolineare l'originalità e la specificità. Ciò però non ci costringerà a trascurare la rappresentazione che la civilistica e la canonistica medievali delineano del vertice della gerarchia (dell'imperatore e del papa); e sarà proprio la comprensione di quella peculiare e antica immagine di 'superioritas' a permetterci di cogliere adeguatamente il senso e la portata delle novità cinque-seicentesche, a partire dalla teoria bodiniana, tanto debitrice nei confronti della tradizione medievale quanto capace di rileggerla creativamente ⁽³⁾.

Portinaro insomma ragiona sulla base di ipotesi che egli presenta come « moderatamente [...] continuiste ». Per parte mia, inclinerei verso ipotesi moderatamente discontinuiste. La mia impressione è però che decisivo sia l'avverbio, piuttosto che l'aggettivo: decisivo è insomma il tentativo di cogliere non solo la frattura, ma anche la persistenza (o, se si preferisce, non solo la continuità, ma anche l'innovazione).

Di un siffatto tentativo il libro di Portinaro appare un riuscito e convincente esempio. Purtroppo non è possibile, nello spazio di una recensione, seguire l'autore nel suo sapiente e avveduto percorso nel labirinto delle istituzioni: solo il contatto diretto con il testo può rendere edotto il lettore dell'acutezza dei rilievi, dell'equilibrio del giudizio, della ricchezza della rappresentazione. Mi corre però l'obbligo di richiamare l'attenzione almeno sullo spessore problematico dei capitoli conclusivi, dedicati all'Unione Europea.

Nell'economia del libro di Portinaro, l'Unione Europea non svolge il ruolo (come dicevo) di un 'fine' che giustifica retroattivamente il lungo itinerario percorso. Essa riveste però un'importanza peculiare, presentandosi, al contempo, come l'esito principale della precedente storia istituzionale-costituzionale e come banco di prova dei grandi concetti politici della tradizione europea.

Legato da mille fili a questa tradizione, il nuovo ordine europeo non viene tuttavia presentato da Portinaro come una pacificante sintesi dei temi e delle tensioni in essa presenti. Piuttosto che ricondurre l'Unione Europea a una forma politica sperimentata, il nostro autore moltiplica gli argomenti che conducono a sottolineare la compresenza in essa di forme e principî, per un verso, difficilmente componibili a unità, e, per un altro verso, legati a un passato ormai irrecuperabile.

⁽³⁾ Mi permetto di rinviare a P. COSTA, *La soberanía en la cultura político-jurídica medieval: imágenes y teorías*, in « Res Publica. Revista de filosofía política », X, 2007, n.º 17, pp. 33-58.

Se è indubbio che l'Unione Europea si sia lasciata alle spalle la statualità otto-novecentesca, è tuttavia ancora incerta la direzione del suo sviluppo, dal momento che sono state disattese le aspettative federalistiche circolanti negli anni ormai lontani della sua prima progettazione. Nasce da ciò la comprensibile tendenza ad attingere a modelli pre-moderni (e quindi pre-statali) per dare una forma nota e familiare a un fenomeno difficilmente afferrabile. È a questo scopo che sembra ritrovare una nuova attualità il termine 'impero': assunto come una forma politica, per un verso, svincolata da identità (e ideologie) 'nazionali', e, per un altro verso, caratterizzato da quella struttura 'polisindale', da quel *multilevel system of governance* indubbiamente riscontrabile nell'assetto istituzionale dell'Unione Europea. Se però la struttura dell'Unione sembra mostrare, da questo punto di vista, qualche analogia con la forma 'imperiale', la debolezza militare e la condanna di una qualche 'volontà di potenza' sembrano distaccarla notevolmente dalla componente 'imperiale' della tradizione europea; tanto che non mancano tentativi di ripensare l'Unione alla luce della tradizione repubblicana (o addirittura di coniugare spericolatamente forme 'imperiali' e valori repubblicani).

Dell'intreccio di forme e valori di cui si sostanzia la lunga tradizione politico-costituzionale occidentale il nuovo ordine europeo appare indubbiamente l'erede; un erede, se si vuole, consapevole della preziosità del lascito e dell'urgenza di una sua adeguata tesaurizzazione, ma al contempo incapace di realizzare una sintesi efficace e disarmata di fronte alla « politica dell'emergenza planetaria ». « L'Europa, per dirla con una formula — scrive icasticamente Portinaro — non è né un soggetto imperiale né un soggetto statale né un soggetto cosmopolitico — e sta forse cessando di essere un soggetto democratico » (p. 281). L'Europa è, in ogni senso, parte di quel labirinto lungo il quale Portinaro ci ha condotto con una sapienza tanto disincantata quanto illuminante.

PIETRO COSTA

T. RUBIO GARRIDO, *La doctrina de los autores. De fuente jurídica primaria a la vulgarización e irrelevancia*, Granada, Editorial Comares, 2006, 250 pp.

No he podido evitarlo. La lectura de esta obra del profesor Rubio, especialmente la de su última parte o capítulo, no sólo me resultaba interesantísima, sino que me incitaba a una réplica inmediata, presumiblemente más acalorada de lo conveniente, así que decidí dejar pasar el tiempo con la esperanza de que otras ocupaciones fueran enfriando mis ánimos, o incluso dirigiendo mi interés hacia otros objetivos. Pero

al final no ha sido posible, el libro estaba siempre ahí esperándome, y mis intentos de mirar hacia otro lado se han desvanecido tan pronto como me ha parecido que el conjunto de mis actividades me daba un respiro suficiente para ocuparme de él. Comenzando a escribir, sólo deseo que los términos en que formularé lo que inevitablemente va a ser una crítica sean templados, y que la expresión de mi discrepancia con algunas o muchas de las afirmaciones del autor no se tome sino como lo que es en realidad: una demostración de reconocimiento hacia su trabajo y de respeto intelectual hacia él.

Sea lo primero brindar al lector una sucinta descripción de la obra que tanto me ha interesado. El libro consta de tres partes: una primera en la que se presentan varios modelos históricos del papel desempeñado por la doctrina de los autores, desde la jurisprudencia romana hasta la escuela de la exégesis en Francia y la escuela histórica y el pandectismo en el ámbito alemán; una segunda en donde se analizan los síntomas y causas de esas vulgarización e irrelevancia que, según piensa el autor, aquejan a la doctrina en su circunstancia actual; y una tercera en la que se desarrolla la crítica de un total de ocho vías distintas de superación de estado tan grave de desfallecimiento, las ocho calificadas por igual de actuales y erróneas. Todo ello precedido de una muy breve introducción y seguido de la bibliografía y el índice de materias.

Puesto que mi finalidad no consiste en hacer una reseña al uso, me abstengo de todo intento de sintetizar el contenido de cada parte, ya que tampoco tengo el propósito de hacer una crítica de cada una. Sí señalaré un par de cosas que me han llamado la atención en la primera. Su título — « Algunos datos históricos de interés » — denota un ánimo selectivo del autor que, sin rebajar la solvencia global del conjunto, hace que lo que en esa parte se nos refiere aparezca, si no desenfocado, pues en general no lo está, sí al menos hasta cierto punto 'enfocado' en una determinada dirección; a saber, la de sugerir lo improponible, desde un punto de vista actual, del rescate de cualquiera de los modelos históricos expuestos; en particular, me parece, de aquellos que significan preponderancia de la doctrina jurídica. Cuando extensos sectores de la profesión iushistórica se muestran invadidos por un lamentable afán propagandístico — o peor aún, por la más estéril hagiografía —, nada de extraño tiene el hecho de que un civilista de fuste incorpore a su discurso algunos datos históricos como argumento polémico. De todos modos, conviene tener presente que el cariz con que comparecen en el libro del profesor Rubio los datos del mencionado carácter es éste antes que otro cualquiera.

De alguna manera, lo que acabo de decir sobre el destino polémico de los datos históricos se confirma con el otro aspecto que quiero señalar en la primera parte del libro. Se trata de las numerosas referencias al derecho y la cultura jurídica musulmanes contenidas en ella: 18

por sólo 4 entre las partes segunda y tercera. Referencias que producen una impresión equívoca, en primer lugar, porque en ningún momento se aclara la función que se les asigna en la economía de esta exposición histórica, y en segundo lugar, porque se concentran sobre un modelo jurídico que no goza de la mejor reputación entre nosotros e instauran una comparación, no metódica pero sí insistente, entre puntos concretos de ese modelo y de los modelos occidentales expuestos, comparación cuyo resultado implícito es con frecuencia peyorativo para estos últimos. Lo dicho afecta solamente a las escuelas jurídicas medievales, a las que se refiere el grueso de estas comparaciones. Pero quizás, para que se entienda mejor lo que estoy intentando explicar, lo más conveniente sea poner algunos ejemplos significativos: la *communis opinio doctorum*, tan característica del *ius commune*, se pone en línea con uno de los cuatro *usûl al-fiqh* ('fuentes', principios o raíces del derecho musulmán), a saber, con el *ichmâ*, que no consiste tanto en la opinión 'común' de los jurisconsultos islámicos, como dice el autor, cuanto en el consenso unánime de la comunidad de los creyentes (*Umma*), de que es expresión operativa la opinión asimismo unánime de los doctores reconocidos de cada época. Las consecuencias de la Glosa acursiana y los modos de trabajar propios del 'bartolismo' se comparan con el quietismo o la inercia que aquejan a la doctrina jurídica musulmana, detenida desde el siglo IV/X en la exégesis y comparación de las grandes obras jurisprudenciales anteriores al « cierre de la puerta del *iytibâd* ». La latitud excesiva que se atribuye a los conceptos de interpretación y aplicación de los juristas medievales se parangona con ciertas corrientes jurídicas y confesionales musulmanas que, por el trámite de la interpretación alegórica, llegan a creaciones subjetivas partiendo de lecturas estrictamente literales; y el concepto y empleo de la analogía « realmente exuberantes y desbordados » que según el autor caracteriza a aquellos juristas se asimila a otro de los *usûl al-fiqh*, el *qiyâs* o razonamiento por analogía, cuya vigencia cesó tras el mencionado « cierre de la puerta del *iytibâd* ». La posición del jurista medieval como único sujeto capacitado para leer y glosar los textos jurídicos justinianeos, en los cuales llegó a verse una especie de *ratio scripta* de carácter jurídico, se declara — bien que con un pequeño matiz — similar al « papel y valor que en el ámbito islámico se concede al *ulema* o doctor en la ley », aunque hubiera sido preciso indicar en este mismo lugar que se trata de dos concepciones de 'la ley' esencialmente distintas. Si el jurista medieval era el « faro que dirige a la comunidad por la senda recta de la Justicia, desvelando y dilucidando la 'verdad jurídica' » ésta es la forma en que se concibe hoy todavía la actividad jurídica en el mundo islámico. La creciente separación entre el *ius commune* de las Universidades y el derecho realmente aplicado en la práctica tiene para el autor un paralelismo notable con la distancia — « a menudo abismal, a veces cínica o hipócritamente

celada, a veces restallando con violencia » — que media entre el *fiqh* y la variada realidad de la vida en los países islámicos (1). Etc.

Más allá de algunas diferencias fundamentales que también se señalan entre dos mundos tan distintos y — no se olvide — tan cerradamente hostiles como el cristiano medieval y el musulmán, la comparación y su efecto se prolongan y concluyen en dos últimas observaciones: una sobre la actitud vital del cristiano medieval, « cifrada en la sumisión, sometimiento o abandono a la verdad revelada »; y otra sobre la defensa y el asalto a « la ciudadela de la cosmogonía medieval » como resumen de la historia de las ideas desde la Edad Moderna a la actualidad. « Téngase presente — escribe el autor sobre lo primero — que, no por casualidad, *Islam* significa precisamente sumisión y abandono (a la palabra increada de Dios y a que Mahoma es su profeta) y *muslim*, sujeto, sumiso ». Y respecto de lo segundo, señala su percepción de que es el inicio de un debate similar lo que provoca la actual inquietud y explosividad del mundo musulmán (2).

Pasemos a otra cuestión. Como se puede apreciar por la descripción que he hecho más arriba, y como seguramente le habrá comentado también algún colega, el presente estudio del profesor Rubio produce la impresión de ser sólo la *pars destructiva* de una indagación más ambiciosa o extensa sobre el tema elegido. Cabe pues convocarle a que complete su investigación con la correspondiente *pars constructiva*, porque, por bueno que sea, un diagnóstico no sirve de mucho si no es como base para un tratamiento adecuado que ayude a mejorar el pronóstico del enfermo; un enfermo que no es supuestamente otro, en este caso, que la doctrina de los autores (principalmente civilistas o privatistas en general). No debe ser excusa para emprender la tarea señalada el hecho de que no posea el autor ningún don adivinatorio, según disculpa que consigna en la introducción de su libro, pues nadie tiene ese don en medida mayor o distinta que él, y como civilista riguroso y consciente que se ha tomado la molestia de señalar un problema importante de su disciplina — nada menos que la vulgarización e irrelevancia de la doctrina jurídica civilista —, estoy seguro de que no rehuirá el esfuerzo de indagar, como civilista consciente y riguroso, la solución o soluciones posibles para ese problema.

Por otra parte, si hablo de *pars destructiva*, ello se debe a la profusión de censuras que el libro contiene sobre un gran número de teorías, pasadas o actuales, que se han formulado acerca del papel que pueda corresponderle entre las fuentes del derecho a la doctrina. Esto, naturalmente, en el caso de que no se deba negar la condición de

(1) Vid. respectivamente pp. 10 s. y nt. 30, p. 11 y nt. 32, p. 13 y nts. 41 y 42, pp. 17 s. y nt. 58, p. 23 y nt. 71, p. 24 y nt. 73.

(2) Vid. respectivamente p. 26 y nt. 76 y p. 28 nt. 85.

fuente de la doctrina misma, porque entonces el problema desaparece y la discusión deviene ociosa. De alguna manera, ésta parece ser la posición del autor, y para comprobarlo es muy conveniente que nos preguntemos por la concepción del derecho de la que él parte y en la que se sustentan muchas de sus más graves críticas.

Aunque no le da la relevancia formal que seguramente hubiera sido necesaria, declarándola por ejemplo en la introducción, esa concepción no deja de aflorar en un puñado de ocasiones. La primera verdaderamente significativa, si no me ha fallado la observación, es cuando — recorrido ya un buen trecho del capítulo tercero — opone a una de las concepciones del derecho en cuya crítica se detiene otra concepción, que sin duda es la que hace suya, según la cual « el derecho moderno es, eminentemente, *iussum*, *praeceptum*, mandato », de manera que « su nota fundamental es su eficacia obligatoria y constitutiva, correlativa a su pretensión connatural de ordenación social ». Si lo que entraña esta concepción es ya de por sí parcialmente evidente, el alcance de la misma se va precisando con la reiteración de afirmaciones como las siguientes: el derecho es « un *iussum* o mandato político »; el derecho « se basa en el *iussum* (eficacia normativa) » e « idealmente se endereza a lograr la mayor justicia posible »; « el derecho se asienta en un *imperium* político, que dicta *iussa* o mandatos y que por ello es una pieza clave de la política con mayúsculas, en su acepción más noble »; « el mundo jurídico [...] se asienta en un *imperium* político que enuncia un *iussum* determinado »; « el Derecho al fin y al cabo es siempre una faceta de la política »; « el *imperium* es consustancial para que una norma sea realmente jurídica »; el derecho « se basa eminentemente en un *iussum* político [que es] siempre producto de juicios de valor que ponderan o dirimen intereses encontrados y dicen buscar la mayor justicia posible »; « el derecho es más *voluntas* que *ratio* » (3).

Tratemos de condensar a nuestra manera: no hay derecho sin *imperium* político que se encargue de asegurar la eficacia de los mandatos que él mismo enuncia, y una norma que carezca del respaldo de tal *imperium* es cualquier cosa menos jurídica; la pretensión connatural del derecho es la ordenación social y su fin ideal consiste en lograr « la mayor justicia posible »; esta finalidad la persigue el derecho con base en un *iussum* político que se perfila mediante juicios de valor sobre intereses opuestos, juicios que supuestamente buscan « la mayor justicia posible »; entendido de esta forma, el derecho es una parte fundamental del noble arte de la política; por último, en (la definición de) lo que es el derecho parece importar más el deseo, la decisión, el impulso y la

(3) Vid. pp. 136, 185, 189, 190, 195, 203, 229 nt. 625; también pp. 24, 34, 62, 211 y 115.

energía — en suma, la voluntad — y menos la verdad y el saber, el discernimiento, la reflexión y el discurso, el sentido y el fundamento — en suma también, la razón. Para no dar una impresión errónea que falsifique el pensamiento del autor, debo añadir sin tardanza que esta concepción suya del derecho la refiere explícitamente a « nuestros ordenamientos occidentales » de base y legitimación democrática (4).

El que suscribe siente cierta envidia de ver cómo un estudioso puede descansar en convicción tan profunda y acabada acerca de lo que es y de cómo es el derecho. Y no sólo eso, sino que también se admira de que, más que pensar como piensa el autor, sea posible creer como él cree acerca del derecho. Yo tenía sobre estas materias algunas ideas, nunca suficientes, siempre provisionales y no demasiado firmes, y me parece que voy a seguir de por vida encerrado en situación tan poco placentera. ¿Pero realmente esta situación, por incómoda que pueda ser o parecer, ha de ser más estéril o desfavorable que otra caracterizada por la seguridad y la suficiencia sin tasa? Todo lo contrario a mi juicio, ya que la incomodidad y la insatisfacción son un acicate insuperable para el esfuerzo, en esta ocasión para el esfuerzo intelectual del que, precisamente, son fruto todas o casi todas las doctrinas con las que se mide en su libro el profesor Rubio. En cuanto a la política « con mayúsculas », en cuanto a la « acepción más noble » de la política, lo que yo puedo decir es que la conozco apenas de oídas, que no la he visto nunca o casi nunca en funcionamiento, ni dentro ni fuera de « nuestros ordenamientos occidentales » democráticamente legitimados. Y por eso me inquieta sobremanera la afirmación de que el derecho es una pieza clave de ella, porque, dada la extrema rareza del noble arte de la política, esa afirmación equivale a decir que el derecho se pone al servicio de la acción política sin más. Y yo, con esto, no me puedo conformar.

Pero, al cabo, el autor dispone de una visión clara de lo que es el mundo jurídico, y es muy legítimo que la quiera utilizar para la crítica de otras visiones en lo que toca al tema concreto del valor y el papel de la doctrina jurídica. Legítimos también, pero no por eso necesariamente acertados, ni mucho menos justos, son igualmente muchos de los anatemas que lanza a diestro y siniestro desde la atalaya de aquella visión suya. Porque, a la vista de tanta severidad de juicio como exhibe el profesor Rubio, uno se pregunta con negra desazón si por albergar ideas distintas de las suyas entrará en el cajón de los reaccionarios anti-Ilustración, o en el de los subversivos, o en el de los que tienen mala conciencia, o acaso, para el propio bien de uno, en el de los simplemente ingenuos o equivocados.

De entrada, el autor impugna globalmente toda consecuencia sus-

(4) Vid. por ej. pp. 122 ss., 134 s.

tancial que pudiera extraerse de una visión histórica o historicista del derecho. Y preciso: no ya sólo de la reivindicación de modelos jurídicos de épocas pasadas, que por supuesto, sino de una consideración del derecho como producto y legado de la historia que pueda ponerlo, hasta cierto punto, al abrigo del decisionismo más ramplón y demagógico, menos respetuoso del rigor y de la técnica, y de otras cosas aún más importantes, sin necesidad de refugiarse en los brazos de doctrinas iusnaturalistas de cualquier signo y condición. ¿Es normal, por ejemplo, que el legislador democrático de nuestro tiempo (es decir, el poder ejecutivo desde el punto y hora en que la política ha decretado notoriamente la muerte de Montesquieu) pueda disponer radicalmente de una institución central del derecho civil, fruto de largo y lento desarrollo histórico, en beneficio de un proyecto político de unos pocos años de duración? La respuesta de algunos entre los que me cuento es que esto no debiera considerarse normal, que no debiera ser posible hacerlo con la facilidad e irresponsabilidad con que se hace. Pero supongamos que esa posibilidad no inquieta tanto, o incluso, si algún optimista quisiera ver su plasmación efectiva como ejercicio de la política con mayúsculas, que no inquieta nada. Aún así, ¿seguiría siendo legítima la discrepancia?, ¿se podría discrepar legítimamente no sólo del *iussum* o *praeceptum* concreto enunciado y finalmente impuesto por el *imperium* político de turno, sino también — y acaso especialmente — de una manera de entender el derecho que conduce irremediablemente a dar por bueno todo lo anterior? No quisiera yo que se me pudiera señalar como culpable de una falta de adulteración o manipulación del criterio del autor, pero me da la impresión de que al profesor Rubio le cuesta, y mucho, admitir toda discrepancia que amenaza con desbordar los límites, tan estrechos en definitiva, de su concepción político-legalista del derecho. Parafraseando a Gustavo Bueno, cuyo asunto, aunque diferente, está en el fondo estrechamente conectado con el nuestro ⁽⁵⁾, yo diría que se trata de una concepción transformada en el « único sistema de principios al que podría apelarse en los debates », en un sistema único en el que « no caben formalmente argumentaciones filosóficas o teológicas » (o históricas o sociológicas apoyadas en supuestos diferentes), en un sistema que desde luego no se siente tampoco mayormente preocupado por la experiencia histórica del derecho.

¿Y qué decir de aquella enigmática formulación según la cual el fin ideal del derecho es la consecución de « la mayor justicia posible »; ¿qué es, cómo se define, en qué consiste esa « mayor justicia

(5) G. BUENO, « Los peligros del 'humanismo de la izquierda híbrida' como ideología política del presente », en la revista electrónica *El Catoblepas. Revista crítica del presente*, 2007.

posible »? Porque — conviene recordarlo — el autor ha afirmado que los juicios de valor con los que el *imperium* político despeja esta gravísima incógnita consisten en la ponderación de intereses opuestos y en la discriminación entre ellos: ¿ponderación y discriminación de intereses nada más?; y también ha dicho que esos juicios de valor ‘dicen’ buscar la mayor justicia posible. Todo esto pide el principio, por una parte, y causa disgusto, por otra, porque nos coloca ante algo a lo que me parece que le calza como un guante la definición que diera Julián Marías de la nueva fuerza de ciertas ideas en el siglo XVIII, época de la Ilustración, de las cuales dijo literalmente que comenzaron a funcionar como « otro sistema credencial que se presenta como un conjunto de ideas » (6). Es verdad que el profesor Rubio no se oculta a sí mismo — ni tampoco silencia al lector — la cuestión crucial que aquí estoy planteando, pues advierte, por ejemplo, que el orden político democrático no asegura por sí solo la cercanía a la verdad o a la justicia, que la ley legítimamente aprobada puede ser « un engendro ético-moral » y que « la ley no se puede erigir en instancia definitoria de lo justo y de lo injusto, por más que esté democráticamente aprobada » (7). Pero aunque no se lo oculta ni tampoco lo silencia, menos aún indica cómo, en su sentir, se debería resolver dilema tan grave. Y frente a este olvido u omisión, sus afirmaciones sobre el derecho como *iussum* político, como *voluntas* más que como *ratio* y como pieza del *imperium*, por elevado y democrático que se pretenda su ejercicio, resuenan todavía con más fuerza. Por mi parte, este lugar me parece tan adecuado como cualquier otro de estas páginas para reiterar mi barrunto — sólo eso — de que no fuera malo el reconocimiento de un entramado jurídico, institucional y social indisponible para el legislador si no es con suma dificultad; un entramado perteneciente a lo mucho que en rigor precede a esas Constituciones que, refrendadas por el voto, organizan órdenes políticos democráticos, y que, si bien se mira, las envuelve y acaba de dar a cada una su sentido, o incluso se lo acaba quitando. Un entramado medular que en parte nada despreciable reside, en mi opinión y para decirlo de una vez, en ese « sistema de las experiencias humanas » (8) que es la historia, asiento indispensable de la permanen-

(6) J. MARIÁS, *España inteligible. Razón histórica de las Españas*, Madrid, 1998, pp. 293 ss. (p. 295).

(7) Vid. p. 122 y nt. 344; también p. 62: « el Derecho no se puede reducir ni a ley ni a sistema »; y más aún p. 143 nt. 390 sobre la delgadez semántica del adjetivo « democrático », que si es constatable respecto de las democracias « populares », « orgánicas » y « reales », acaso pueda serlo también respecto de las democracias « de verdad » tan admiradas por el autor.

(8) La frase y el concepto, en esta ocasión, son de Ortega: J. ORTEGA Y GASSET, *Historia como sistema*, Madrid, 1971, p. 59; se debe considerar todo el contexto.

cia de toda sociedad y, por lo menos para algunas de ellas, promesa anticipada de futuro.

Quede esto dicho para el conjunto de la historia y también por tanto para la historia del derecho: para la historicidad como una de las dimensiones imprescindibles del ser del derecho en la medida en que su espesor depende de ella. ¿Qué mi intuición y la posición personal que indica están teñidas de ideología y deben en consecuencia tildarse de políticas? No necesito que nadie me lo diga, ya lo proclamo yo; en todo caso, que tire la primera piedra el que esté libre de pecado. ¿Que mi intuición es antidemocrática o reaccionaria? No veo por qué razón habría de acatar semejante veredicto, porque desde luego tampoco veo que la ley democráticamente legitimada pueda ser la instancia decisiva de lo justo y de lo injusto, y en esto además coincido con el profesor Rubio (¿o él conmigo?). ¿Que mi intuición es subversiva del sistema de fuentes establecido? Será entonces que ese sistema me parece francamente perfectible, y acaso con él la concepción del derecho de la que forma parte. ¿Que de la importancia que intuyo debe tener la historia — el derecho como historia — se deba derivar un valor renovado y superior de la doctrina jurídica, o incluso su consagración como fuente formal del derecho? No me parecen consecuencias ni inmediatas ni necesarias de lo que sostengo, sobre todo la segunda.

¿Por qué un párrafo como el inmediatamente anterior? Sencillamente, porque uno de los principales problemas que me plantea este libro, por otro lado tan interesante, es el de saber hasta dónde llega la libertad intelectual para sostener lo que se quiera acerca de cómo es el derecho y de cómo debiera ser. Es decir, si existe esa libertad y se puede hacer uso de ella sin correr el riesgo de ser ‘desenmascarado’ y expuesto al juicio de la opinión bajo un aspecto que uno mismo ignoraba ser el suyo, o bajo el cual, de cualquier modo, no se reconoce en absoluto. Vengamos a los datos para comprobar qué es lo que nos depara el libro en este punto tan capital.

Como ya he dicho, son ocho los « intentos actuales erróneos de revitalización » de la doctrina jurídica privatista sometidos a crítica en la parte tercera del libro. Identificándolos por los rótulos con que se presentan en el índice general de la obra, se trata de las propuestas siguientes: 1) « La reivindicación de modelos en que la doctrina y la jurisprudencia sean las fuentes primarias del ordenamiento »; 2) « La ‘renovación’ esteticista »; 3) « La dinamización en clave europea (abogar por la promulgación de un Código europeo de Derecho privado) »; 4) « El ahondamiento del formalismo »; 5) « La adopción del llamado ‘análisis económico del Derecho’ »; 6) « La búsqueda del empirismo (descriptivismo) »; 7) « La reivindicación de la tópica »; y 8) « El retorno al ‘Derecho natural’ ». No voy a prestar igual atención a la crítica del profesor Rubio sobre todas y cada una de estas propues-

tas; en realidad, de la crítica que formula sobre dos de ellas ⁽⁹⁾ no me voy a ocupar en absoluto, y de la que vierte sobre una tercera ⁽¹⁰⁾ rescataré solamente un aspecto que me ha parecido muy llamativo.

Como adalides de la propuesta número 1 podemos considerar al italiano Paolo Grossi y el español Bartolomé Clavero, figuras señeras de la historiografía jurídica europea actual. Puesto que la corriente que ambos simbolizan se presenta, en el retrato que ofrece de ella el profesor Rubio, como un cúmulo de errores y despropósitos cuya enumeración sería demasiado larga ⁽¹¹⁾, prefiero citar los nombres de estos dos estudiosos para que cada cual pueda saber de qué se está hablando, sin necesidad de acumular detalles que harían muy pesada mi exposición. En el momento de la crítica, que tampoco pretendo recoger ni contestar por entero — entre otras razones porque yo no me adscribo ni exacta ni completamente a todas las posiciones sostenidas por Grossi y Clavero, entre muchos otros autores —, se deslizan, a mi modo de ver, bastantes afirmaciones gruesas ante las que resulta difícil permanecer en silencio. Comenzando por la ineficaz ironía, errónea por demás, que se ejercita a propósito de la posición preeminente que tuvieron los juristas en algunos ordenamientos históricos, en el romano para quedarme en lo que más de cerca me toca, de cuya posición dice el autor que jamás se basó en la adhesión de los ciudadanos sino en otras razones que suponían, en último análisis, « imposición y sojuzgamiento ». Dicho así, esto es simplemente inexacto, pero la mera inexactitud se transforma en hueca retórica cuando se la pretende reforzar con preguntas enfáticas acerca de la frivolidad de describir la sociedad romana como un paraíso terrenal y su ordenamiento como quintaesencia de lo excelente, por no añadir otras preguntas del mismo tenor que se interrogan por la bondad de la esclavitud y de la existencia de la plebe, o por lo saludable del juego de la *auctoritas*, cuyo sig-

⁽⁹⁾ Las propuestas segunda y quinta.

⁽¹⁰⁾ La propuesta número 6.

⁽¹¹⁾ Mencionemos algunos: la denigración de la ley como fuente primaria de los ordenamientos modernos al funcionar en la realidad como instrumento de opresión al servicio de un sistema político sólo en la fachada democrático; la rígida e inoperante abstracción de Constituciones y Códigos; la mortificación legalista del pensamiento jurídico y de la evolución jurisprudencial; la propugnada emancipación de los principios generales del derecho y los conceptos jurídicos indeterminados respecto de las leyes positivas vigentes; una latísima concepción de las tareas de interpretación e integración de las normas y su adscripción al jurista « teórico » (??) como operaciones creadoras de derecho. El hilo con que se cosen todos estos errores no es otro, según el autor, que la pretensión de que la doctrina vuelva a ser reconocida como fuente del derecho en sentido pleno y con valor primario, adobada con la exaltación de modelos históricos en los que así ocurrió en efecto.

nificado, por cierto, en relación con la jurisprudencia romana, sólo muy imperfectamente se capta ⁽¹²⁾. Siguiendo por algún destello de ingenuidad como pueda ser la alabanza del abandono del principio de autoridad — vinculado a la tradición, a las sagradas escrituras, a la *auctoritas* de los autores ilustres o a la opinión pública mayoritaria — y la instauración del principio de racionalidad crítica como una conquista objetiva ⁽¹³⁾. O por el ensayo de desprestigio, celado pero objetivo en mi opinión, que se fabrica combinando el silencio educado que se dedica en el texto a la aserción (no se sabe muy bien de quién) de que « la esencia de Occidente » radica en la posición preeminente del jurista teórico en el cuadro de las fuentes del derecho, con una nota en la que se destaca la presunta coincidencia de ese modelo con el teóricamente vigente en el mundo musulmán — con sus mullahs, ulemas, ayatollahs y muftís — y en la cultura judía ortodoxa con sus rabinos ⁽¹⁴⁾. Y de esta manera, con pasos firmes y rápidos como los que se acaban de ver, se nos lleva hasta la siguiente y más sustantiva descalificación: el movimiento analizado « no es sino una de las muchísimas manifestaciones de la Anti-ilustración », término peyorativo bajo el que de un modo u otro encontrarían cobijo — intuye el autor — desde el socialismo marxista y los diversos fascismos hasta el tradicionalismo católico, pasando por el anarquismo de antaño y los movimientos multiculturalistas y antiglobalización de hogaño. Una variopinta relación de cosas lamentables en la que habría que registrar asimismo la posición representada por Grossi y Clavero, manifestación, al igual que las otras líneas de pensamiento o de acción que se acaban de mencionar, del tan exuberante como trasnochado « espíritu romántico » ⁽¹⁵⁾. Y no sólo eso, sino manifestación también de pernicioso nacionalismo, sea del que denigra al Estado constituido porque oprime dentro de él a una o varias Naciones irredentas, sea del que lo exalta porque coincide exactamente con alguna de ellas (y aquí la muy notable mención de « los fascistas [¡!] Betti y Gorla ») ⁽¹⁶⁾. Etc., etc.

En mi opinión, este cuadro no es para contemplar desde cerca, pero incluso si se lo observa desde cierta distancia, su extraño dibujo y su destemplada combinación de colores no dejan de sorprender. Podríamos recordar, y no sería en modo alguno inconveniente, que la Ilustración hace ya tiempo que es una vieja señora con nietos, bisnietos y quizá más, unos aceptablemente lucidos, otros francamente gro-

⁽¹²⁾ Todo ello en p. 142 y nt. 389.

⁽¹³⁾ Vid. p. 143.

⁽¹⁴⁾ Vid. p. 144 y nt. 392.

⁽¹⁵⁾ Vid. pp. 144 s. y nt. 396.

⁽¹⁶⁾ Vid. p. 147 y nt. 403; en p. 158 nt. 430 vuelve a ser recordado el “no menos fascista Betti”.

tescos y algunos puro remedo de sí mismos. Pero ¿para qué recordar esto si más o menos todos los *ismos* que no satisfacen los estándares de la modernidad rectamente entendida son, aun bajo su propia ignorancia, partidarios en el terreno jurídico del premoderno *Ancien Régime*?⁽¹⁷⁾; ¿para qué recordarlo si hermanados por el mismo reproche de amplísimo frente pueden aparecer León Duguít⁽¹⁸⁾, Ortega y Gasset⁽¹⁹⁾ y Federico de Castro⁽²⁰⁾ entre muchos otros? Hermanados por el reproche indiscriminado y confuso de una valencia político-social profundamente reaccionaria, lo que, en el caso de la corriente simbolizada por Grossi y Clavero, se advertiría por la altanera pretensión de que los juristas merecedores de nombre tan digno «han de quedar

(17) Vid. p. 148.

(18) La frase con la que Duguít niega la existencia de derechos individuales como fundamento de las reglas jurídicas, única ‘perla’ del importante jurista francés que ha merecido figurar en el libro que nos ocupa (en la p. 149 nt. 412), no es tan retrógrada como se quisiera hacer ver; para comprobarlo basta restituirla a su contexto y analizarla dentro de él, que es lo que hace, por ej., A.M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Las ensañaciones del jurista solitario*, Valencia, 2005, pp. 109 ss., sobre «La falsificación del pensamiento de Duguít».

(19) Varapalo para Ortega (p. 152 nt. 419): con su idea de que el control del Estado por los hombres-masa es el mayor peligro para la civilización occidental, el insigne filósofo se cuenta probablemente entre los inspiradores de Falange Española. ¿Sólo esa idea interesa de Ortega en relación con el tema tratado en el libro?; por otro lado, ¿es que acaso se ha producido la llegada de los hombres-masa al control del Estado, de manera que se haya podido comprobar que el peligro señalado por Ortega era ficticio?

(20) Federico de Castro era católico, lo cual, por lo que se va viendo, es un obstáculo a superar por el jurista que quiera ponerse en línea con las exigencias de esta modernidad que se nos pinta en el libro del profesor Rubio. El jurista sevillano criticaba a Lutero, Bodino y Donelo por defender la libertad de conciencia mediante la desvinculación de las leyes civiles respecto de las normas éticas y religiosas. Esto es puro tridentinismo, de acuerdo. Pero, ¿también es tridentinismo la convicción de que el derecho no debe separarse de la justicia y ponerse al servicio de los poderosos o la de que los juristas no deben ser rebajados a la servil condición de leguleyos, ideas ambas que De Castro entendía negadas por aquellos a quienes criticaba? De entre los principios jurídicos defendidos por él, ¿serán rechazables algunos como la superioridad de los valores morales sobre los materiales, la valoración del honor, el decoro y la fidelidad a la palabra dada, la intimidad moral de las relaciones familiares o la primacía de la dignidad humana, por la mera razón de su carácter tradicional o tradicionalista?, ¿ya sólo por eso no son convincentes ni válidos para la modernidad, o se debe más bien a que De Castro los situaba por encima de la ley y sostenía que no podían ser derogados por los principios políticos y constitucionales?; ¿pero es que entonces sí lo pueden ser? Vid. sobre el asunto de esta nota p. 153 nt. 420.

configurados en el plano jurídico como preeminentes » (21). Trazo grueso para dar a entender lo que no es ni se defiende; no, por lo menos, bajo la forma en que es presentado, es decir, como la negación absoluta de algo mucho mejor. Porque, ya de entrada, el modelo de raíz ilustrada desde el que el profesor Rubio mueve su crítica una y otra vez — ese modelo de Estado de Derecho presidido por la razón democrática y asentado en el concepto de soberanía popular, ese mirífico modelo en el que la norma jurídica es elaborada por la mayoría social mediante sus representantes políticos, etc. — es por desgracia mucho más fácil de caracterizar en la teoría que de plasmar y de respetar en la práctica. De hecho, por ejemplo, los grupos financieros e industriales y las oligarquías políticas regionales (¿pero por qué sólo éstas?) que pretenden perpetuar, extender y justificar sus privilegios, según dice Rubio a semejanza de los antiguos poderes feudales (22), son fenómenos de plena actualidad frente a los que no me consta que prevalezca la razón democrática ni siquiera cuando lo intenta. Y por otro lado, tampoco creo que se pueda afirmar sin mucho candor, o sin carga polémica desmesurada, que quienes niegan que la norma jurídica pueda ser elaborada por la mayoría social a través de sus representantes políticos manifiesten con ello su « repugnancia implícita hacia los valores éticos en que se asienta la democracia como sistema político » (23); porque también podría ser que quienes tal cosa sostienen estuvieran limitándose a dejar constancia de un hecho, de lo que a ellos les parece ser tal, de manera que su crítica — racional, racionalista, ilustrada — se dirigiera en realidad contra la utilización del ideal democrático como máscara o como coartada de un juego en realidad muy diferente.

Y bien, unos (Grossi, Clavero, etc.) propugnan supuestamente una superioridad jurídico-política de los juristas, « excelsos » ellos por su saber, que debería conducir al reconocimiento de la doctrina como fuente del derecho; defendiendo esta idea — dice el autor —, consideran implícitamente « a la gran masa de ciudadanos como menores de edad o discapacitados mentales ». Otro (Rubio) les opone el principio jurídico de la igualdad en libertad y de la representatividad democrática (24). Yo pienso que la postura de los primeros no supone en absoluto el desprecio hacia la gran masa de ciudadanos que se les quiere cargar a la espalda (25). En cuanto a la posición del segundo, dos cosas me llaman la atención: la inadvertencia de que el principio de la

(21) Vid. p. 154.

(22) Vid. p. 155 nt. 423.

(23) *Ibid.*

(24) Para todo esto, vid. pp. 155 s. y nt. 424.

(25) Que yo sepa, lo único que hacen Grossi, Clavero y tantos otros es enseñar

representatividad democrática no suprime la necesidad de fortalecer el papel del saber técnico de los juristas, ese saber que los políticos, con demasiada frecuencia y a la vista de todos, desprecian o tratan de instrumentalizar; y la inadvertencia de que la superioridad jurídico-política cae hoy por hoy precisamente del lado de los políticos, « excelso » ellos en virtud del principio representativo que los sitúa de hecho o de derecho por encima de la gran masa de ciudadanos.

Es cierto que hoy no se dan las condiciones socio-políticas que permitirían considerar la doctrina de los juristas como fuente del derecho, especialmente como fuente formal (26). Ciertamente es también que la defensa de este nuevo valor para la doctrina puede deberse a la insatisfacción ante la realidad circundante (27), aunque acaso no tanto ante la poca relevancia de la doctrina como ante los enormes defectos que algunos perciben en la ley, democrática e igual pero politizada en el peor de los sentidos (28). De todos modos, dejando de lado que la insatisfacción es con frecuencia la causa que desencadena el movimiento, de lo anterior no se sigue ni mucho menos que todos los autores sin excepción que propugnan la referida idea desprecien « la búsqueda razonada de la verdad » y tiendan « a creer que la verdad está ya cincelada de una pieza en un orden ideal o en un modelo pretérito ». Ello aparte de que, como método para el establecimiento de la verdad, a mí me parece que las posibilidades de esa « racionalidad intersubjetiva » tan ensalzada por el autor (29) son muy escasas; sobre todo si su despliegue se concibe limitado, como me temo que pudiera ser el caso, a

y escribir. Rubio (p. 162 nt. 443) les tacha de elitistas y desenmascara su tendencia “a imponer, a toda costa, sus escalas de valores a los demás”; si este reproche es un exceso, ¿cómo calificar la discreta imputación que se hace a « muchos de los militantes en esta corriente » de « presentar síntomas propios de religiones ‘místicas’, [a saber], ritos y grados de iniciación, asambleas periódicas y publicaciones sectarias, lenguaje esotérico propio e ídolos exclusivos a los que prestar latría »; ¿y qué decir de una valoración del oficio de historiador (o diletante, añade) como la suya, que lo concibe « naturalmente volcado en sus tareas evocadoras o pintorescas » (p. 162 nt. 440)?

(26) Vid. p. 160.

(27) Vid. p. 161.

(28) « [L]a ley — reconoce el autor en p. 164 nt. 447 — no es fruto siempre de la razón y muy a menudo es mero producto del toma y daca de intereses o de exigencias corporativas y de *lobbies* y obra de hombres mediocres »; también admite — *ibid.* — « que el Derecho no puede ser reducido a la ley », aunque no da ninguna indicación acerca de cómo concibe él ese derecho o porción del derecho que existe, se supone, ¿al lado de la ley? Enigmático me resulta, por otro lado, en qué pueda consistir la responsabilidad de « cultivar el Derecho de verdad » de la que se descargan o descargarían con vanos pretextos los « doctrinarios » que tanto critica Rubio (cfr. p. 163).

(29) *Ibid.*

un intercambio entre algunas verdades con exclusión de otras previamente descalificadas; o peor aún, a un diálogo al que fuera mejor acudir desnudo de toda verdad esencial sentida como propia. Tampoco me convence nada la primaveral vestidura de la democracia representativa, implícita en los planteamientos de Rubio, como método para la « búsqueda razonada de la verdad » ni para el ejercicio de la « racionalidad intersubjetiva ».

En cualquier caso, juristas preeminentes por su influencia no sólo los hubo en el pasado, sino que todavía los hay y no dejará nunca de haberlos a condición de que no se abduca de la independencia intelectual necesaria para criticar lo que parezca criticable y para proponer lo que se considere preferible, aunque al hacerlo se choque con la pequeña verdad formal establecida en cada momento. Como también ha habido siempre y seguirá habiéndolos en el futuro, porque son necesarios, expertos de gabinete que muy legítimamente se colocan al servicio de intereses heterogéneos, ya sean políticos, económicos o de otra clase cualquiera, y colaboran a su triunfo con las armas de la ley y de la técnica jurídica. Aunque desde luego no parece que este último sea el camino por donde se pueda rescatar a la doctrina de los autores de la vulgarización y la irrelevancia en las que presuntamente ha venido a caer. Más bien lo contrario.

Dejando de lado la segunda, la tercera propuesta de revitalización de la doctrina jurídica consistía, como se recordará, en la dinamización de la misma en clave europea. Va de suyo que no es ésta una posición exclusivamente jurídica, sino también política aunque no en mayor medida que su contraria. Política, y no sólo jurídica, es por lo tanto también la crítica que Rubio mueve a esta propuesta. Diciendo todo lo cual no hemos hecho más que recordar obviedades ⁽³⁰⁾.

Lo que ya no resulta tan obvio, en el sentido de necesario, es que para criticar la idea 'eurocodificadora' — y la promoción del protagonismo de la doctrina iusprivatista encapsulada dentro de ella — se deban decir cosas como las siguientes: que el máximo grado de europeísmo se da entre los romanistas y los historiadores del derecho « en relación directa al grado de irrelevancia/decadencia » actual de sus respectivas especialidades ⁽³¹⁾; o que si un autor alemán como Zimmermann fustiga la idea de Estado nacional, acaso ello pueda deberse a mala conciencia « tras ciertos hechos que el siglo XX tristemente nos lega » ⁽³²⁾. No, verdaderamente esto no es obvio ni necesario; no es tampoco refinado ni exacto. Sorprende un tanto también la puntual

⁽³⁰⁾ Cfr. F. CUENA BOY, « Derecho romano y dogmática », en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija* 9 (2006) pp. 319-342, *passim*.

⁽³¹⁾ Así se expresa el autor en p. 173 nt. 475.

⁽³²⁾ Así en p. 174 nt. 478.

recuperación, paradójica en alguna medida, de acentos savignyanos para aseverar la racionalidad y justificación de la casi totalidad de las diferencias entre las legislaciones nacionales ⁽³³⁾. Pero lo que más llama la atención es la nueva embestida contra el *ius commune* suscitada por el rechazo a la propuesta europeísta ⁽³⁴⁾. « Arcadia jurídica » es expresión del autor con la que él y nadie más, que yo sepa, se empeña en calificar la época del derecho común. Una época, por otro lado, que si bien no fue de uniformidad jurídica en Europa, sí se caracterizó por una acusada homogeneidad de conceptos, lenguaje, formación y doctrinas, es decir, por una innegable homogeneidad de cultura jurídica; y ello sin olvidar la sofisticada doctrina desarrollada por los comentaristas respecto de la articulación técnica entre los *iura propria* y el *ius commune* en una constelación de ordenamientos que englobaba distintos niveles y distintos ámbitos de vigencia. Es una simplificación afirmar — desconociendo las implicaciones de esto último además de otras cosas igualmente importantes — que por encima del *ius commune* siempre prevalecieron los *iura propria*, dado que aquél sólo era derecho supletorio. Y simplificación es sugerir — sin considerar por lo menos el significado de las Siete Partidas, o las leyes de citas de Juan II de Castilla (1427) y los Reyes Católicos (1499) — que España, donde el *ius commune* no llegó a ser reconocido como derecho supletorio, no fue tocada por él.

A mí no me agrada jugar al aburrido juego de la botella medio llena o medio vacía con el pretexto del *ius commune*. Pero, con independencia de todas las actuales tendencias jurídico-políticas hacia la europeización, del autor me separa la convicción de que existe un patrimonio jurídico europeo que no es desdeñable, por lo menos si hablamos del continente. Y ello aunque piense, siendo como soy romanista, que las raíces no únicas pero sí más inmediatas de tal patrimonio común se deben buscar en la etapa de la codificación ⁽³⁵⁾, que a su vez no se entiende sin el ingrediente preparatorio del derecho común. Ahora bien, en cuanto a estas valoraciones mías se impone una actitud cautelosa por si acaso fuera yo un historiador poco perspicaz, ya que hay « historiadores lúcidos » que incluso cuestionan que el *ius commune* fuera *ius*: « Carecía en verdad de los rasgos definitorios del Derecho: nunca tuvo coactividad real y, por consiguiente, no estaba adornado de la 'eficacia constitutiva' sobre la realidad social » ⁽³⁶⁾.

Tampoco es convincente para el profesor Rubio la invitación a

⁽³³⁾ Vid. p. 174 y nt. 479.

⁽³⁴⁾ Vid. p. 177.

⁽³⁵⁾ Cfr. CUENA BOY, *o.c.*, pp. 333 ss., 341.

⁽³⁶⁾ Vid. p. 177 nt. 485. Podría replicar que el *ius commune* sólo carecía de los rasgos definitorios del derecho tal y como los entiende hoy el profesor Rubio, pero me

ahondar en el formalismo que cree percibir en las propuestas de juristas diversos, naturalmente con Kelsen a la cabeza. Según el autor, late en esta corriente el prejuicio de considerar que el derecho es elemento de « un orden racional, cósmico, a descubrir por la razón humana », cuando su verdadera naturaleza es la de ser un « *iussum* o mandato político »⁽³⁷⁾. En consecuencia, entre otros rasgos que la caracterizan destaca el de concebir el ordenamiento jurídico como un sistema, esto es, como un organismo vivo que nace y se desarrolla y en el seno del cual procede operar exclusivamente con métodos lógicos⁽³⁸⁾. Con lo cual se falsea el concepto mismo de derecho, que rectamente entendido nos lo presenta como « un instrumento para posibilitar una convivencia social » respaldado por el *imperium* político y orientado hacia « la mayor justicia posible »⁽³⁹⁾. En el fondo, la exacerbación del formalismo cientificista enmascara según Rubio la finalidad de transferir el *imperium* consustancial a la norma jurídica, de los órganos constitu-

parece más eficaz traer a colación dos ejemplos extraeuropeos de eficacia constitutiva del *ius commune* sobre la realidad social: la aplicación del estatuto jurídico de persona miserable a los indígenas americanos en su conjunto y la asimilación jurídico-social de la figura incaica del yanacozago mediante su aproximación doctrinal al colonato del Bajo Imperio romano; sobre todo lo cual, vid. F. CUENA BOY, « Utilización pragmática del derecho romano en dos memoriales indios del siglo XVII sobre el protector de indios », en *REHJ* 20 (1998) pp. 107 ss.; ID., « Yanacozago y derecho romano: ¿una conjunción extravagante? », en *REHJ* 28 (2006) pp. 401 ss.

⁽³⁷⁾ Vid. p. 185; es de temer sin embargo que Kelsen no hubiera suscrito ninguna de las dos concepciones del derecho enunciadas por Rubio. Por otro lado, con viento no tan moderno en sus velas, el autor dice muy convencido que « las normas jurídicas son decisiones de los órganos políticos competentes para [...] alterar el mundo y planear en lo posible el futuro. La naturaleza no nos suministra ningún modelo jurídico, sino que se compone sólo de hechos y uniformidades carentes de cualidades morales o inmorales » (p. 189 nt. 521). No creo que se me pueda acusar de intransigente, reaccionario, católico tridentino o qué sé yo qué otra cosa si digo que con un punto de partida como éste — si se lo tomara en su literalidad, exceso en el que el profesor Rubio evidentemente no incurre, y ahí están para demostrarlo sus protestas finales de adhesión a la ética y los valores, así como su reconocimiento de la importancia de los datos de « la naturaleza del hombre » (pp. 235 s.) — se hace inviable todo discurso racional acerca del derecho; pues, sin necesidad de ir más lejos, ¿por qué, desde qué supuestos y con qué objeto alterar el mundo y planificar el futuro si no es tomando pie, por lo menos, en los hechos y regularidades de la naturaleza?, ¿no juegan ningún papel esos hechos y esas regularidades en la conformación de valores y normas?, ¿qué alcance tiene el concepto de naturaleza en las palabras de Rubio?

⁽³⁸⁾ Vid. p. 185; p. 189: « sistema matemático (siquiera 'vivo' como un ente biológico u orgánico) ».

⁽³⁹⁾ Vid. p. 189.

cionalmente previstos a los juristas científicos, lo que hace de ella una corriente « inconstitucional e ilegítima [...] en todos los países occidentales », ya que vulnera el sistema de fuentes establecido ⁽⁴⁰⁾.

No deja de reconocer Rubio algunas virtudes del formalismo jurídico entre las cuales, no obstante, no se cuenta la de actuar como freno a la arbitrariedad del *imperium* político, siempre al acecho ⁽⁴¹⁾. Por otra parte, los contornos del blanco contra el que dirige su crítica son un tanto indefinidos, pues, por un lado, en buena medida el formalismo es funcional en principio a una concepción democrático-positivista del derecho como la que él defiende, y por otro, las variopintas teorías sobre el derecho como sistema — desde hace, digamos, unos 150 años — no guardan relación muy estrecha con órdenes racionales de cósmica dimensión. A lo cual hay que añadir, una vez más, que el pensamiento y su expresión no conculcan orden constitucional alguno ni violan ningún sistema de fuentes.

Dígame lo mismo de la repetición de tan fantasmático reproche en relación con los juristas que Rubio identifica como empiristas o descriptivistas, que si por acaso elevan los usos, la autonomía privada y la jurisprudencia al rango de « virtuales fuentes primarias del ordenamiento » ⁽⁴²⁾, no lo hacen sin duda porque ignoren o pretendan ignorar la primacía de la ley dentro del sistema de fuentes, sino porque aspiran a un conocimiento más amplio y profundo de la experiencia jurídica. Y en todo caso, porque su concepción del derecho (de lo que es derecho y de lo que es el derecho) difiere legítimamente de la que sostiene el autor. El cual no se guarda tampoco de hacer una « valoración general política » de esta corriente, que es por supuesto la de verla « transida de un claro designio conservador » ⁽⁴³⁾. Con qué adjetivo se debería calificar el designio opuesto y preferible según el profesor Rubio, más allá de lo que supone abrazar la legalidad democrática y constitucional en la que tantos y de tan diferentes colores se pueden reconocer, sigue sin estar claro para mí a estas alturas del libro que estoy comentando: ¿liberal-conformista, progresista-obsecuente, alguna otra etiqueta que a mí no se me ocurre?

Como « enésimo intento de retornar a la Arcadia romana y medieval » en la reivindicación de la tópica descubre el autor una valencia política subversiva animada nada menos que por un *pathos* reaccionario; todo ello debido, como es fácil imaginar, al propósito que le atribuye de encumbrar a los juristas como fuente primaria del ordena-

⁽⁴⁰⁾ Vid. pp. 195 s.; se trataría de « perpetuar el poder social del jurista teórico »; pero poder social no es lo mismo que *imperium* político.

⁽⁴¹⁾ Vid. p. 198; cfr. también p. 216.

⁽⁴²⁾ Vid. pp. 216 s.

⁽⁴³⁾ Vid. p. 219.

miento ⁽⁴⁴⁾. Y así como antes ha criticado el exceso de formalismo jurídico, y en particular la concepción del ordenamiento como sistema, para la presente ocasión rehabilita hasta cierto punto esta última noción y dirige sus dardos contra « el ansia por lo concreto y el rechazo a la teoría, la abstracción y la generalización »; el jurista, dice Rubio, necesita de la teoría para abordar los casos y hace ya mucho tiempo que el arsenal de sabiduría que encierra la tópica se mostró insuficiente a estos efectos al dificultar la creación y la crítica ⁽⁴⁵⁾.

En mi opinión, las pocas páginas que el libro dedica a este tema son demasiado sumarias, critican sin distinguirlas la tópica o dialéctica y la argumentación retórica, encierran a ambas erróneamente en el círculo de las experiencias periclitadas y, desde luego, no hacen justicia a las valiosas aportaciones intelectuales de Viehweg y Perelman ⁽⁴⁶⁾ (entre otros) ni a los jugosos debates aún abiertos a que han dado lugar. Ni la dialéctica ni la retórica, clásicas o renovadas, son incompatibles de por sí con la idea de derecho defendida por Rubio ni, en consecuencia, el interés que muchos muestran por ellas esconde ningún intento de situar a los juristas por encima de la ley como fuente del derecho. Una vez más hay que decir que se trata de reflexiones legítimas animadas por un afán de comprensión del fenómeno jurídico que abarca desde el momento de la creación de las normas hasta el de la aplicación práctica de las mismas. Y de propuestas con las que se puede coincidir o no, pero a las que no se puede desautorizar notándolas de subversivas o de reaccionarias.

El turno de la crítica le toca finalmente al 'retorno' al derecho natural. Digamos para empezar que las citas al pie de las páginas correspondientes no indican una actualidad especial de las propuestas de re-

⁽⁴⁴⁾ Vid. pp. 222 s. « No es [...] nada inocente que Viehweg recurrentemente loe al Derecho romano por las escasísimas leyes que alumbró y el gran espacio normativo que, correlativamente, dejó a los *iurisprudentes* » (p. 223).

⁽⁴⁵⁾ Vid. pp. 221 s.; en esta última página, no es acertada la cita de D. 50.17.1 (*non ex regula ius summat, sed ex iure quod est regula fiat*) si con ella se entiende reforzar la impugnación de la tópica y la necesidad de teoría; el fragmento de Paulo advierte también que la regla pierde su valor o eficacia *cum in aliquo vitiata est*. Por lo demás, la relación de la jurisprudencia romana con la tópica — aunque la impugnación de Rubio se refiere menos a ésta que a la retórica — es mucho más distante de lo que se presupone en el libro: cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, Santiago de Chile, 2000, pp. 373 ss.

⁽⁴⁶⁾ De Th. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, reimpr. Madrid, 1986, pero también algunos de sus trabajos menores incluidos en el vol. *Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona, 1991; de Ch. PERELMAN (en coautoría con L. OLBRECHTS-TYTECA), *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*², Bruxelles, 1970, y unos cuantos de sus artículos recogidos en el vol. *Étique et droit*, Bruxelles, 1990.

gresar al iusnaturalismo; tampoco es fácil advertir cuál es el vínculo necesario que pueda existir entre el iusnaturalismo como postura filosófica y la revitalización de la doctrina de los autores.

Entrando en la sustancia del asunto, Rubio entiende que el derecho natural supone una concepción del derecho impracticable en nuestros días, sea porque la idea del derecho como parte de un orden cósmico querido por Dios no puede ser compartida « por todos los juristas »⁽⁴⁷⁾ sea por lo utópico de la visión del derecho como elemento de un plan perfecto al alcance del hombre. Respecto de la primera vertiente se pregunta cómo puede tener alguien — los católicos por ejemplo, o los musulmanes, los protestantes o los judíos — « la soberbia intelectual y moral de privar de conciencia (o conciencia sana) y de intuición (o de intuición sana) a la inmensa mayoría de la Humanidad, que no profesa la misma confesión revelada ». Y la segunda le parece rechazable porque no existe el « hombre o conjunto de hombres capaz o capaces de conocer o concretar la perfección »⁽⁴⁸⁾. ¿Qué decir de todo esto? Sin necesidad de hacer profesión de iusnaturalismo, se puede decir, por ejemplo, que la soberbia intelectual que señala el autor en la primera vertiente no deja de ser una retórica exageración; que la posición en la que él se sitúa no es deudora por igual de todas las « confesiones reveladas » que cita y que colocarlas a todas en un plano de igualdad fáctica oscurece más que aclara el planteamiento del problema (y en esto, para el que tenga oídos, ha de ser bien audible el eco de la historia); que un modo de proceder que fía casi todo en derecho al consensualismo oscuramente democrático conduce a la larga a un relativismo que paraliza y desarma a la propia sociedad democrática, *ad intra* no menos que *ad extra*, y de inmediato la pone a merced de oportunistas urdidores de falsos consensos y de consensos superficiales; y en último término, que no casa bien con todo este democratismo casi sin asideros el descarte de la tópica (esto es, de la retórica) por el que, como hemos podido ver, se pronuncia asimismo el profesor Rubio. También se podría añadir que la perfección, siendo un ideal tan inalcanzable como se quiera, es además una aspiración que marca el rumbo del pensamiento y de la acción, y que la perfectibilidad debe concebirse como proceso. ¿O es que el profesor Rubio quiere hacernos creer que no cuenta con ella cuando escribe sobre derecho y cuando desarrolla su actividad como docente universitario?

Poco comentario merece la imputación de irracionalidad y fideísmo que se hace a los iusnaturalistas en general: aun admitida la

(47) Llamativamente, en esta oportunidad son los juristas (¡todos!) los supuestamente llamados a compartir una determinada noción del derecho, como si hubiera alguna en realidad que a todos pudiera convencer.

(48) Vid. pp. 227 s.

importancia individual y social del hecho religioso, el autor considera que no debe dejarse que el trabajo jurídico se funde « en tales datos no racionales ». Más racional debe parecerle un derecho compuesto *sólo* « de las simples voliciones humanas de quienes ocupan los órganos con facultad legislativa » (49). No es posible coincidir con él, por otro lado, en la apreciación de que el iusnaturalismo descarga sobre los hombros de los juristas tareas sobrehumanas (50). La experiencia histórica del derecho natural, más allá de excesos y errores propios y de caricaturas ajenas, desmiente esa apreciación; así por ejemplo, el mismo Rubio no duda a la hora de reconocer el importante papel que el iusnaturalismo racionalista jugó en la superación del Antiguo Régimen, e incluso le atribuye, aunque no las concreta, « aportaciones imperecederas para el acervo cultural de la humanidad » (51).

Y queda por último el consabido reproche político de ser el iusnaturalismo no sólo profundamente subversivo del orden vigente sino reaccionario y contrario a la Ilustración. Como de costumbre, por considerar resultado sustancial de esta corriente la elevación de la doctrina al rango de fuente primaria del ordenamiento « bajo el vehículo formal del Derecho natural », así como por contarse sus partidarios entre « los contradictores del Estado de Derecho contemporáneo y, en particular, del principio de legalidad, de la soberanía popular y los mecanismos políticos democráticos » (52). Pero ya estoy cansado de repeticiones — no sólo de las del autor, también de las mías — y esta vez me abstengo de replicar. Que juzgue cada cual.

Idólatras todos, cada cual escoge sus ídolos y toda elección individual termina por ser significativa, reveladora sería un término quizás más exacto. Los *ídola* del profesor Rubio son claros a estas alturas y dada su totémica naturaleza exigen respeto. Hay sin embargo otro ídolo que aparece y desaparece en el libro que comentamos, casi siempre para ver rebajado su crédito como objeto de veneración a base de diluir su posible sustancia. Yo diría que se trata de un ídolo antiguo pero no viejo, inquietante para todos y para algunos molesto, y de un ídolo siempre desfalleciente pero pertinaz e inevitable a la postre. Es el ídolo de la justicia, sobre el cual conviene tratar en este lugar de cierre porque la visión que de él tiene el autor mejora, si no me equivoco, la comprensión general de su intensa y extensa reflexión crítica.

La antigüedad del citado ídolo se remonta por lo menos a los

(49) Vid. p. 230.

(50) Vid. p. 231.

(51) Frase, por cierto, en la que no se sabe qué es más sorprendente, si el adjetivo imperecedero o el propio concepto de « acervo cultural de la humanidad ».

(52) Vid. pp. 231 s., 233.

tiempos de Roma, cuando los juristas explicaban que la palabra *ius* (derecho) proviene de *iustitia* y se contemplaban a sí mismos como cultores de ésta. No tenían entonces vergüenza de decir cómo concebían ese culto y ese cultivo de la *iustitia*: se trataba de profesar el conocimiento de lo bueno y equitativo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, deseando hacer buenos a los hombres no sólo por el temor de las penas sino también por el estímulo de los premios, buscando ávidamente la verdadera filosofía⁽⁵³⁾. Éste era el tema ideal de los juristas en una época a la que tanto debe el derecho, también el de nuestros días. Pero hoy algunos juristas ya no quieren reconocer esa deuda ni verse reflejados en ningún espejo como *sacerdotes iustitiae*: prefieren ser oficiantes de la legalidad (democrática). Al menos, eso es lo que parece a juzgar por algunos de los comentarios que el profesor Rubio dedica a un tema por el que no muestra gran aprecio intelectual. Digo esto porque, a mi entender, en su cerrada batalla contra el rescate ni siquiera limitado o parcial de los modelos jurisprudenciales del pasado, o contra otras corrientes nefandas de pensamiento jurídico, la justicia — su valor, su concepto — no quedan en buen lugar. Medieval según él es la concepción del derecho como algo dimanado de principios generales de justicia incluso racionalmente captados⁽⁵⁴⁾. La justicia raramente figura en su discurso como sustancia del derecho o como principio regulativo del orden jurídico, sino con el disminuido rango que es propio de los conceptos jurídicos indeterminados⁽⁵⁵⁾; a lo sumo, con lo que tiene todo el aspecto de ser una concesión, en un par de ocasiones logra hacerse un pequeño hueco la noción de (mayor) justicia social⁽⁵⁶⁾. Concesión explícita es también lo siguiente: « en el mundo del derecho [...] se debe pretender solventar conflictos humanos de una forma adecuada al interés general o bien común o, si alguno lo prefiere decir así, a la *Justicia o equidad* »⁽⁵⁷⁾. Especial energía se pone en las afirmaciones siguientes: « el Derecho no puede definirse como la idea de Justicia [...], que gravita eternamente en las regiones celestes⁽⁵⁸⁾ [...] o, menos aún,

⁽⁵³⁾ D. 1.1.1 pr.-1.

⁽⁵⁴⁾ Vid. p. 24.

⁽⁵⁵⁾ Vid. pp. 9, 114.

⁽⁵⁶⁾ Noción que puede expresarse, « si se prefieren términos menos pomposos, [como aspiración] a lograr un mejor funcionamiento de la vida en sociedad » (p. 213), y noción, también, igualada a la *aequitas* no se sabe muy bien por qué (p. 235).

⁽⁵⁷⁾ Vid. p. 219 (énfasis mío).

⁽⁵⁸⁾ Una imagen — ésta de la gravitación de la Justicia en las regiones celestes (junto con la Libertad y la Equidad) — repetida con el propósito evidente de subrayar que estos conceptos son entelequias inservibles, cuando no irracionales y hasta peligro-

como lo bien construido científicamente o sabiamente elucidado en torno a la Justicia y Equidad. Pues ¿dónde se halla tal idea [...] o el canon de lo 'bien construido' o de lo 'sabio jurídicamente'? ¿Cómo pueden extraerse de tales hermosas metas normas jurídicas concretas para hombres de carne y hueso? ¿Quiénes podrán hacer ese hallazgo y la ulterior intelección y enunciación? » (59). A uno le parece que la experiencia histórica no niega de ninguna manera la posibilidad de extraer normas jurídicas concretas para hombres de carne y hueso de la idea de justicia; ni le parece tampoco que los sabios y los menos sabios deban abstenerse de pensar y de construir en torno a esa idea, o que sea un ejercicio vano o indeseable pensar y construir sobre ella. Es más, al margen de las apariencias retóricas, estoy convencido de que también el profesor Rubio lo hace, encuadrado, por cierto, en una línea cuyo desarrollo histórico se ha ido prolongando hasta dar en la perplejidad y el escepticismo de que hoy se hace gala en torno a este tema ineludible de la justicia. Pero a la vez, debo añadir que no me extrañan las preguntas del profesor Rubio porque me doy cuenta de que reconocer un valor importante a la justicia es, en efecto, una tarea difícil cuando la idea que se tiene de ella se condensa en lo procedimental y en sus resultados. Aún así, que no se equivoque el profesor Rubio: él sabe muy bien dónde se encuentran su idea de la justicia y su canon de lo bien pensado y construido jurídicamente, sabe muy bien cómo y qué normas concretas extraer de esa idea y de ese canon para los hombres de carne y hueso y sabe muy bien quién o quiénes las pueden extraer y enunciar. Faltaría más.

FRANCISCO CUENA BOY

NADIA URBINATI, *Representative Democracy: Principles & Genealogy*, Chicago, The University of Chicago, 2006.

Il lavoro di Nadia Urbinati rappresenta un importante contributo per una risistemazione concettuale del tema della democrazia rappresentativa, di cui si avvertiva il bisogno.

Di fronte al dibattito teorico contemporaneo (e, possiamo aggiungere, di fronte al sentire comune), in cui in generale si ritiene la rappresentanza alternativa alla partecipazione democratica (non solo di fatto, ma per valide ragioni teoriche), l'autrice si interroga sulla genealogia di questa impostazione, con l'intento dichiarato di una rilettura

sas en manos de algunos « pues llevan a forzar, antidemocráticamente, datos esenciales de nuestro orden constitucional » (vid. p. 140 y nt. 384).

(59) Vid. p. 137.

critica al fine di esplorare e difendere le idee di quella significativa minoranza che ha visto e vede democrazia e rappresentanza come necessariamente complementari, anziché antitetiche. L'idea della necessità di un sistema rappresentativo come unica forma della libertà dei moderni non è in quest'ottica una 'seconda scelta', ma un quid che può aggiungere valore alla democrazia.

L'esplicita idea guida del volume è quindi l'idea 'sovversiva' di Thomas Paine secondo cui « Athens, by representation, would have surpassed her own democracy » (p. 3).

Approccio genealogico, si è detto: Urbinati risale alle origini della teoria della rappresentanza per mostrare come la 'democrazia dei moderni', cioè il governo rappresentativo, nasca con un vizio d'origine, quello di risolversi, nella teoria, prima che nella pratica istituzionale, in una democrazia essenzialmente elettorale, che, recidendo i legami tra lo stato e la società, esclude l'idea stessa di partecipazione politica. Il sistema nasce come governo di notabili eletto da pochi privilegiati elettori; né il suffragio universale cambia la natura non democratica del sistema. Il governo dei moderni è apparentemente sempre lo stesso, « its identity having been frozen in the nondemocratic choices made by its founders » (p. 1).

Nella prospettiva o 'strategia' genealogica che l'autrice assume, tutto il dibattito esaminato esemplifica le prime ramificazioni del modello rappresentativo in un filone non democratico ed in uno democratico: il primo, sostanzialmente elitista, che considera solo le istituzioni, cui va associata la legittimazione popolare, come il luogo della deliberazione e del voto, ed il secondo, esplicitamente democratico, che vede la rappresentanza, più che come uno schema di delega della sovranità, come un processo politico di connessione tra la società e le istituzioni.

La finalità dichiarata del lavoro è di dimostrare l'esistenza, nella teoria del governo rappresentativo, di questo specifico filone che ha saputo uscire dalle secche di una sterile alternativa tra governo rappresentativo, in cui la connotazione democratica risulta sostanzialmente vanificata dalla sua riduzione al solo momento elettorale, e democrazia diretta come unica possibile espressione legittima della sovranità popolare.

Si tratta, in altri termini, di considerare la democrazia rappresentativa come una forma di governo originale che, lungi dal poter essere identificata nella democrazia elettorale, assume necessariamente i caratteri della democrazia partecipativa.

Il paradigma elettorale, in cui in definitiva il governo non è che un'oligarchia autorizzata, non è, sottolinea Urbinati, un paradigma neutrale: in quest'ottica risulta infatti difficile contrastare l'idea che il ruolo del 'popolo sovrano' non sia che un mito.

L'analisi sembra così muoversi tra necessaria 'decostruzione' dei

paradigmi sostanzialmente anti-democratici, evidenziandone appunto questo carattere, come ineludibile premessa per la costruzione di una teoria democratica in cui la democrazia rappresentativa implichi un processo partecipativo che attivi il 'popolo sovrano' in una prospettiva « future-oriented » (p. 5) e in forme di impulso, proposta e controllo dei rappresentanti.

Il tipo di filosofia praticato da Urbinati ricorda la 'filosofia utile' dei *philosophes*, e sembra animata da analoga passione civile e politica. Il suo obiettivo principale, che mi pare perfettamente raggiunto, sembra essere quello di restituirci le parole e i concetti per pensare e per 'dire' la democrazia rappresentativa, che una teoria e una pratica 'formalistiche' e riduttive, quando non 'minimaliste', ci hanno sottratto.

Il volume mira così a dimostrare che il governo rappresentativo è una categoria complessa e pluralistica, la cui ala democratica non è proprietà esclusiva di color che reclamano partecipazione contro rappresentanza. La rappresentanza va infatti considerata come processo politico ed essenziale componente della democrazia e la rappresentanza democratica come l'antitesi sia di democrazia delegata sia di rappresentanza populistica e plebiscitaria.

Con queste premesse, e con questo taglio di 'filosofia militante' che nulla toglie alla lucidità dell'analisi, il lavoro si svolge attraverso un continuo rinvio tra gli autori esaminati (e i loro ispiratori classici e moderni) e la riflessione contemporanea, una parte della quale, esplicita l'autrice, va situata alle origini della sua ricerca. Si tratta, da un lato, dell'ispirazione del lavoro tratta dal ricco dibattito sulla 'deliberative democracy' (in particolare Habermas, Elster e Young) e, dall'altro, dei principali punti di riferimento, individuati nei lavori di Bernard Manin e di Hanna Pitkin, rispettivamente sui principi del governo rappresentativo (1997) e sul concetto di rappresentanza (1967).

Per ricostruire un'identità democratica del governo rappresentativo il libro si apre con un capitolo dedicato a *Representation and Democracy*, una introduttiva messa a punto concettuale, in cui si chiarisce preliminarmente che le diverse teorie della rappresentanza rinviano al tema del rapporto tra lo stato e la società e che per sostanziare il concetto di rappresentanza democratica occorre che sia questo rapporto ad assumere una connotazione di tipo democratico. In altri termini, la rappresentanza democratica è non solo una strategia articolata di formazione della legge, ma implica anche « surveillance and revocation » da parte della società civile. Solo questo tipo di rappresentanza, che per essere concepito implica una ridefinizione degli stessi concetti di rappresentanza e di sovranità popolare, sarà in grado di evitare alla democrazia di risolversi sia in aristocrazia sia in democrazia diretta.

Punto centrale della ricerca è una revisione, nel segno della democrazia, della sovranità popolare nell'accezione di Rousseau. Non si

tratta di demolizione, precisa l'autrice, poiché la rappresentanza non cancella il popolo come centro di gravità della società democratica.

Poiché il paradigma della sovranità popolare alla Rousseau sembra indurre a negare la possibilità di una teoria democratica del governo rappresentativo (e le interpretazioni puramente procedurali della democrazia sono la risposta a questa difficoltà), l'analisi critica dei concetti di rappresentanza e sovranità inizia, naturalmente, dal *Rousseau's Unrepresentable Sovereign* (cap. 2): se la sovranità consiste essenzialmente nella volontà generale, non si può che concludere con Rousseau che questa non può essere rappresentata. Ma, sostiene Urbinati, ragionando da questa prospettiva si arriva al paradosso che la rappresentanza corrisponde al principio basilare dell'unità del corpo politico a condizione che il sovrano reale rinunci a definire la volontà politica.

E su questo paradosso si costruirà la teoria della rappresentanza di Sieyès, che, sulla base di un analogo concetto di sovranità popolare, la attribuirà ai rappresentanti in quanto espressione di una simbolica nazione sovrana. Al modello di sistema rappresentativo elaborato da Sieyès è dedicato un capitolo intitolato, significativamente, *A Nation of Electors* (cap. 4): questa metamorfosi del cittadino in elettore è imputata all'applicazione del potere del popolo sovrano, alla Rousseau, nel contesto rappresentativo. Si tratta, per l'autrice, di un sistema inevitabilmente elitista, in cui non c'è spazio per l'idea stessa di 'rappresentatività': il consenso è confinato in un'elezione che è volta a costituire il « realm of competence, not equality » (p. 143). Un sistema, nota, che prefigura la conversione statualista di Rousseau fatta da Hegel.

Questa continuità di lungo periodo con l'eredità rousseauiana della sovranità intesa come sovranità della volontà dovrà comunque fare i conti con un altro contributo teorico di grande spessore e complessità, e quindi difficilmente sintetizzabile, quello di Kant, cui Urbinati dedica un denso capitolo, intitolato *Will and Judgement: the Kantian revision* (cap. 3). Revisione appunto del dogma della sovranità popolare come volontà e come tale non rappresentabile, per introdurre la categoria del giudizio come componente essenziale della libertà politica. Riflessione che implica e propone una sorta di rivoluzione concettuale, con cui Urbinati si confronta in modo puntuale al fine, soprattutto, di coglierne tutte le suggestioni e le aperture cui dà adito, sia per la sua rivalutazione della politica 'indiretta' (il sovrano legittimo agisce 'al posto di') come elemento costitutivo insostituibile della legittimità del governo, sia per l'attenzione prestata al valore, per la legittimazione di un governo rappresentativo, dell'« *autonomy of judgement* », cioè del fatto che « the ruler and the ruled can make an 'as if' judgement and imagine themselves in the place of the other » (p. 103). La suggestione principale è la possibilità stessa di concepire ciò che l'autrice chiama sovranità *informale*, un tipo di sovranità ben più forte della sovranità formale poiché è capace di dare ai cittadini il senso

della loro supremazia sui rappresentanti: una tematica, questa, che farà da sottofondo alle impostazioni apertamente democratiche, e insieme intimamente convinte del valore della rappresentanza, di Thomas Paine e di Condorcet. La conclusione di questa parte è quindi che « the nondemocratic twist Kant gave to Rousseau's General Will by transforming into a fictional scheme of judgement operating without the constraint of the People's physical presence serves the cause of democracy » (p. 137).

Gli ultimi due capitoli sono dedicati rispettivamente a *Thomas Paine and the Perfecting of Simple Democracy* (cap. 5), e a *A Republic of Citizens: Condorcet's Indirect Democracy* (cap. 6). Il primo dei due è una sorta di breve introduzione al successivo, così ricco e articolato da occupare da solo un circa quarto dell'intero volume. Thomas Paine, di cui Urbinati ricorda in particolare, oltre al ruolo svolto nell'elaborazione della costituzione della Pennsylvania e la partecipazione al Comitato di costituzione che nel '93 elaborerà il progetto costituzionale girondino, un significativo dibattito epistolare con Sieyès del luglio del '91 in cui per la prima volta vengono evidenziate le differenze tra governo rappresentativo e democrazia rappresentativa. È lo stesso Sieyès, nella lettera di risposta a Paine, a notare, efficacemente, che il proprio modello di repubblica rappresentativa è graficamente rappresentabile in forma di triangolo, mentre quello di Paine lo è in forma di cerchio. E l'immagine del cerchio è effettivamente suggerita da Paine, che nel suo *Common Sense* parla della rappresentanza democratica come di ciò che fa sì che la nazione abbia « a common center in which every radius meet », senza bisogno, sottolinea l'autrice, di un centro unitario di potere come il re o la presenza fisica del demos. È infatti questo centro comune che « filters and collects knowledge from 'the interests of the parts,' and creates a 'whole' in which every one can recognize him-or herself, because it is based on, and is the result of, the public contribution of the 'practical knowledge' or judgment all » (p. 175).

Questo tipo di impostazione è comune a Condorcet, che la perfezionerà e cercherà di tradurla in apposite istituzioni e procedure, dando così un contributo tale da essere considerato « the first cogent democratic alternative to both Montesquieu's (and Sieyès') aristocratic model of representative government and Rousseau's immediate and unrepresentable sovereignty » (p. 181).

L'analisi del contributo teorico e di progettazione costituzionale di Condorcet è articolata e minuziosa, non c'è aspetto o suggestione che non sia colto nella sua complessità: dall'attenzione alle procedure e alle tecniche legislative, al tema dell'«obbedienza provvisoria» alle leggi, alla consapevolezza dei rischi insiti nella nuova forma di dispotismo che avrebbe potuto essere esercitata dai rappresentanti e ai «mezzi legali» proposti per farvi fronte — tra cui la separazione tra potere costituente e poteri costituiti —, al diritto di resistenza all'oppressione, all'istituto

della censura, all'innovativo ruolo affidato alle assemblee primarie. Analogamente, sono colte in tutta la loro pregnanza le idee forti in cui questi temi si collocano: l'idea della volontà generale come un processo di ricomposizione di ciò che è particolare; quella della necessità che la sovranità popolare non rimanga a livello di semplice enunciazione di principio, ma che sia invece concretamente esercitata; l'idea stessa di politica come lavoro di interpretazione del giudizio politico. In conclusione, seguendo Condorcet, la democrazia rappresentativa può essere descritta come un governo che mostra « the dual nature of the sovereignty », cioè la *souveraineté déléguée* e la *souveraineté de surveillance*, « as a constitutive guideline to, and a limit on, political power as legislative power » (p. 221).

Al cuore del volume, e quindi della sua risistemazione concettuale della teoria della democrazia rappresentativa, sta quindi la « middle way » indicata da Condorcet « between unconditional delegation and delegation with instructions » (p. 221).

Non posso che condividere la tesi che la centralità del contributo di Condorcet alla teoria della rappresentanza democratica stia proprio in questi termini, poiché è esattamente corrispondente a quanto vado sostenendo da tempo a proposito di quel che ho chiamato, in riferimento a Brissot, oltre che a Condorcet, l'alternativa girondina; così come concordo sul fatto che questa alternativa o 'terza via' ha implicazioni di lunga durata, e non solo per il contributo fornito alla comprensione dei principi e della genealogia della democrazia rappresentativa ma anche perché essa, e l'universo concettuale in cui si articola e che la caratterizza (unità che nasce dalla ricomposizione delle differenze, necessità di dialogo tra rappresentati e rappresentanti e di mezzi istituzionali che lo consentano, etc.), è destinata a riemergere, sempre come cultura minoritaria, nel corso del tempo, fino ai nostri giorni.

Di particolare importanza mi pare inoltre il fatto che questa alternativa sia insieme teorica e concretamente progettuale sul piano costituzionale. Urbinati non manca di rilevare l'importanza del fatto che Condorcet non solo teorizzi ma dia anche, per primo, « constitutional form » all'idea, centrale, che « the circulation of the political judgment from civil society to the state makes representative government democratic » (pp. 197-8). Il progetto è più in generale considerato, per quanto forse « imperfect, complicated, and impractical », « one of the most imaginative and challenging ones produced since the inception of constitutional democracy », oltre che « one of the most democratic advanced » (p. 177). L'autrice non entra nel merito della praticabilità del quadro istituzionale e procedurale proposto, ma certo, con affermazioni di questo tipo in cui si riassume efficacemente il risultato della sua analisi, prende apertamente le distanze dal luogo comune della pur scarsa storiografia in proposito, che dalla 'inutile complicatezza' del progetto fa discendere la sua sostanziale irrilevanza.

Tutt'altro che irrilevanti appaiono infatti le suggestioni derivanti da un progetto che ha cercato di mettere in atto quella « institutional imagination » necessaria a creare « new legal and institutional means to improve transparency and public scrutiny in the intricate network of interdependency between representatives and the represented » (p. 226), di cui Urbinati, in conclusione del suo lavoro, sottolinea la necessità per fondare una democrazia veramente rappresentativa.

FERNANDA MAZZANTI PEPE

JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, *Política y constitución en España (1808-1978)*, prólogo de Francisco Rubio Llorente, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, 649 pp.

I. Han trascorrido más de dos décadas desde que la publicación de una tesis doctoral en 1983 marcara un punto de inflexión en la historiografía española de los últimos años. Se trataba de *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*. Ignoro las causas por las que el director, Ignacio de Otto, uno de los más relevantes constitucionalistas españoles de todos los tiempos, y el autor, Joaquín Varela Suanzes, constitucionalista de profesión y por vocación, optaron por un tema que, por sorprendente que pueda parecer, no había sido tratado con anterioridad. Por esta razón, y otras que se podrían igualmente alegar, me parece interesante prestar atención a tres aspectos que confluyen en tal hecho con un mayor detenimiento. Me refiero al sujeto, al tema, y al tratamiento otorgado al mismo.

El sujeto, es decir, el autor. No era, ciertamente, la primera vez que un constitucionalista se acercaba a la historia constitucional española. Basta recordar los conocidos casos de Sánchez Agesta o Sevilla Andrés y, más recientemente y con mayor profundidad, Cruz Villalón, todos los cuales habían escrito al respecto desde perspectivas bien diversas y con resultados, en el caso de los dos primeros, cuestionables y de desigual valía. Sobre todo, si se tiene en consideración el uso político de la historia que, desde una posición subjetiva y, en ocasiones, carente de rigor científico, el primero aplicó a momentos y actos más que testimoniales de la historia constitucional española. En el ámbito estrictamente jurídico — excluyendo, en consecuencia, el campo de la historiografía general —, por esos años en los que aun era muy reciente el interés por el tema para la historia del derecho, las aportaciones más específicas podían venir dadas por los esporádicos artículos aparecidos en las revistas de especialidad, singularmente en la « Revista de Estudios Políticos », por lo general susceptibles o bien de la aplicación de una dogmática retrospectiva — ‘presentismo’, diría Varela Suanzes —,

o bien de la tan usual ‘política del derecho’, muy extendida en los medios académicos y oficiales.

No se puede negar a este respecto que, en el panorama sobre la historia constitucional española, también hubo aportaciones que no carecieron, en verdad, de interés. De entre todas, las mejores, sin duda, fueron los estudios sobre Donoso Cortés llevados a cabo por un autor no español, bien que afín al régimen político del momento, C. Schmitt, uno de los más brillantes — por sus diagnósis, obviamente — juristas del siglo XX, y, por cierto, aplicando al efecto muchos de los esquemas que en la actualidad presiden la producción de no pocos de los estudiosos más conscientes.

De todos modos, ninguno de los calificativos apuntados, es decir, arbitrariedad conceptual, condicionamientos ideológicos determinantes, o superficialidad es, desde luego, aplicable a Varela Suanzes. Bien al contrario, desde una posición estrictamente científica — es decir, desde el conocimiento sistemático y razonado — se enfrentaba a una tradición que, arrancando de los tratadistas del primer XIX, entroncaba directamente con los teóricos de la segunda mitad de ese siglo — en realidad, de la década de los treinta, cuando el doctrinarismo introdujo un exitoso, entre nosotros, modo de examinar los asuntos constitucionales que, no por casualidad, el mismo Varela desentraña en un interesantísimo artículo, *¿Qué ocurrió con la ciencia del derecho constitucional en la España del siglo XIX?*, incluido en este libro — y se basaba en una particular perspectiva que únicamente sería interrumpida, a partir de percepciones verdaderamente diversas, por autores fácilmente identificables como Posada, Pérez Serrano o García Pelayo. Es, en fin, la posición del constitucionalista *tout court*, que supera las artificiales, y a veces arbitrarias, divisiones del derecho, tan lúcidamente denunciadas por Kelsen, pero que tampoco se deja dominar por el estricto, y con frecuencia reduccionista, dogmatismo positivista.

El testimonio más evidente al respecto lo aporta el propio tema, o sea, el segundo de los aspectos que anteriormente se han señalado. Optar por la teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo español parece, a mi modo de ver, una elección acertada en extremo, y aún más si se la contempla retrospectivamente, por dos razones. Lo fue, en primer término, por la oportunidad — que no oportunismo, debe quedar claro — del momento, justamente cuando una recentísima Constitución introducía un nuevo modelo estatal para una sociedad que arrastraba un doloroso pasado de enfrentamientos civiles, en buena medida provocados, precisamente, por las diferentes maneras de entender la Constitución.

No se pretende decir aquí que los agentes jurídicos de aquellos años, ni siquiera los más implicados — legisladores o jueces — hayan leído el libro. Pero, y he aquí la segunda de las razones, lo hicieran o no, algo quedaba claro: la función explicativa de la historia que, más

allá de su consideración como *magistra vitae* y, por supuesto, de la finalidad legitimadora que se le ha querido otorgar desde todos los frentes, incluso el académico, permitía entender la evolución y las características del desarrollo no sólo constitucional, sino aún político-social, españoles de los últimos dos siglos. Y esto por cuanto no se trataba de una investigación sin más de una categoría — la categoría por antonomasia, si se prefiere —, sino de estudiarla en el momento más relevante quizá, esto es, los orígenes, para identificar y descubrir unos rasgos distintivos, que con todas las complejidades que se quiera, han continuado manteniéndose de una manera expresa o no durante estos dos siglos y todavía nos alcanzan. Y hacerlo, además, desde perspectivas que nada tienen en común con visiones forzadas o la estricta descripción textual, por más representativos que estos textos sean, sino de la disección e interpretación, consistente y fundada, de los documentos — doctrinales, normativos, discursivos — fundamentales, recuperando de esta manera el componente consustancial al jurista, por encima de la formal adscripción académica.

Esta característica nos introduce en el tercero y último de los puntos mencionados, relativo al procedimiento. Al tomar como referencia una categoría fundamental y su coetánea concepción dogmática, tanto a través de las obras doctrinales como en los debates parlamentarios, Varela Suanzes introducía una significativa innovación por varios motivos. En especial, es conveniente recordarlo, porque se transcendían las publicaciones existentes, concentradas en aspectos muy concretos y parciales — es decir, vinculadas a, se diría, una suerte de *histoire événementielle* —, o, por el contrario, excesivamente imprecisas, en todo caso, sin conseguir aportar una visión de conjunto, para centrarse en conceptos claves del constitucionalismo, en primer lugar, y, en segundo, porque su estudio no sólo no era ajeno, sino que se incardinaba con determinación en la contextualidad del momento. Este último hecho es particularmente relevante pues, en su caso, significaba, además de recuperar, incidir de manera eficaz en una faceta fundamental del constitucionalismo hispánico de la época: prestar atención al medio americano, o lo que es lo mismo, a la participación y aportaciones de los representantes ultramarinos, tan fundamentales y vigorosas en aquellas primeras Cortes.

Desapercibida, más allá de una visión episódica o prosopográfica, prácticamente hasta entonces, la recuperación y la atención en profundidad a esta cuestión sacó a la luz una de las más importantes peculiaridades del primer constitucionalismo moderno hispánico. Con razón, Fernández Sebastián ha calificado recientemente este trabajo de ‘pionero’ y, ciertamente, entre los diversos aspectos por los que es merecedor de tal calificación este, sin duda, se sitúa en primera línea. Sobre todo porque la participación activa — cuya relevancia, desde luego se subraya — de los integrantes del, ya por entonces, llamado “partido

americano” en temas fundamentales — representación, soberanía, derechos, esclavitud, etc. — dejaron una impronta que, en cierto modo, se configura como seña de identidad — por acción o reacción — del constitucionalismo español e hispanoamericano en las etapas inmediatas y durante buena parte del Ochocientos. En todo caso, se trata de un aspecto, me parece, de alto valor material y no sólo simbólico, en especial porque abría de hecho un camino diferente y propio que, con toda legitimidad, se podría denominar ‘la otra visión atlántica’, poseedora de rasgos típicos y, por consiguiente, distintos a los tan conocidos del constitucionalismo anglosajón, en especial el británico y norteamericano. Frecuentado con posterioridad por otros investigadores, su inmensa y rica potencialidad en modo alguno se ha agotado, ni siquiera, podría acaso decirse, descubierto completamente, al mismo tiempo que permite repensar posiciones, ajenas o no, al campo científico.

Así pues, una *opera prima* que posee, por méritos propios, un peso específico en la historiografía constitucional española. Y no sólo por las razones de fondo apuntadas, sino también por otras de carácter más formal, aunque no por ello menos notables. Me refiero con esto al hecho de que sea un constitucionalista, por consiguiente — y aun a pesar de las notas que, tradicionalmente, se han atribuido a estos juristas —, vinculado al derecho en vigor, el que haya realizado un estudio de esta naturaleza, respaldando y mostrando de esta manera una predisposición al diálogo con otros saberes, en particular con los historiadores del derecho — a los que principalmente me refiero por ser ellos los que se vienen dedicando con preferencia a estos temas en los últimos años —, al tiempo que, en su propio campo, entre los asépticos cultivadores del derecho vigente, venía a demostrar que la historia constitucional es mucho, muchísimo más que una simple cuestión de erudición, un dispositivo de apoyo para adornar con mayor o menor fortuna la producción individual, en fin, un asunto episódico e, incluso, una distracción sin mayores consecuencias en las sesudas disertaciones sobre el único derecho merecedor de atención: el vigente.

II. Me he detenido con un cierto detalle en esta primera obra de Varela Suanzes porque, si es verdad, como alegan los psicólogos, que el carácter de una persona se forja en los primeros años de la infancia, la ‘virtud’ científica del mismo ya se hallaba ahí algo más que pergeñada. Porque de ahí arranca un recorrido destinado al análisis metódico, es decir, no lineal ni superficial, del constitucionalismo hispánico que se ampliaría de una manera natural por la visión comparada, enriqueciendo de este modo su experiencia desde la perspectiva espacial y temporal.

Son estas circunstancias, unidas a las anteriormente señaladas, las que contribuyen a resaltar su particularidad. Ciertamente no es el único que ha tratado o trata estos temas, ni tampoco, al menos de un

tiempo a esta parte, el único que lo hace desde una perspectiva conceptual, la misma que fue de entre los primeros en señalar su irrenunciable relevancia. Pero sí le cabe el mérito de ser el único que, desde esta perspectiva, puede hoy ofrecer una visión global, se esté o no de acuerdo con la misma, sobre la historia del moderno constitucionalismo español, y hacerlo desde una posición personal, próxima, aunque no idéntica, a la definición que Loewenstein nos ofrecía ya unos cuantos años atrás y, desde luego, más completa que la que se defiende en otros ámbitos — como Griffin, en Estados Unidos, por citar un ejemplo. Una posición que él mismo, en recentísimo artículo — *Algunas reflexiones metodológicas sobre la historia constitucional* (Historia Constitucional, 8-2007) — presenta en una exposición razonada fruto de la experiencia de casi tres décadas de trabajo ininterrumpido, cuando reflexionaba acerca de la historia constitucional. Revisando, desde la propia práctica, los problemas y métodos, un Varela, a veces comprensivo hasta el extremo de llegar a ser conciliador, disecciona obras y resultados, causas y efectos, dificultades y lugares comunes en la producción de especialidad. Pero al identificar el ‘adanismo’ y el ‘presentismo’ que, en ocasiones, afecta a los estudios, reivindicando el contenido jurídico, pero atendiendo al medio, diferenciando e identificando conceptos, instituciones, construcciones doctrinales, mecanismos, órganos y elementos, Varela Suanzes, a mi parecer, pone el dedo en la llaga cuando afirma que « al historiador del constitucionalismo no le basta con ensamblar la perspectiva normativo-institucional con la doctrinal, sino que además debe conectar las normas, las instituciones y las doctrinas constitucionales con la sociedad en la que se insertan ». En otras palabras, reivindica con contundencia la ‘contextualidad’ como una necesaria condición para ‘comprender’, porque con ella, y a través de ella, se consigue la elusión del peligro implícito consecuente al uso indiscriminado de una arbitraria dogmática retrospectiva, por más que este autor la encuentre tolerable, siempre que se sea consciente de, y se confiese, su uso. Contextualidad, rigor científico, tolerancia con las aportaciones, se convierten así en algunas de las características de un estilo que ha resultado fructífero en calidad y cantidad.

III. Esta larga elipsis, si se me permite la licencia de recurrir, más que a la estructura gramatical, al lenguaje cinematográfico, me ha parecido provechosa para introducir el libro que nos ocupa y que se presenta ante el lector cual un ‘documentado documental’ de la moderna historia constitucional. Y de entrada, lo primero que puede decirse acerca del mismo es que es rigurosamente fiel a las premisas expuestas, cuyo explícito recuerdo admite el autor cuando afirma sin rodeos que se trata de « un empeño en ensamblar la vertiente normativa e institucional de la historia constitucional [...] con su vertiente doctrinal y conceptual [...] sin perder nunca de vista las conexiones entre

ambas vertientes y la realidad política » (p. 4). Las 633 páginas de texto que, conjuntamente, ocupan los diversos estudios recopilados y la parte inédita, confirman, en efecto, el propósito enunciado, el cual se muestra así como un invisible hilo de conexión entre las cuatro partes en que está dividido el volumen. Comenzando por la primera, donde, en un capítulo con el título « Seis visiones de conjunto », se analizan los conceptos y los problemas más significativos y conflictivos: Estado, soberanía, representación, derechos, Monarquía o control parlamentario. Esas visiones de conjunto, al examinar los temas desde una perspectiva fundamentalmente doctrinal, conforman, de hecho, una introducción sistemática que se clausura con un estudio en profundidad del que, con seguridad, es el aspecto más sustancial en ese plano desde los inicios hasta avanzado el siglo XX: la dualidad derecho constitucional-derecho político. Contemplados ambos desde una visión comparatista para poner de relieve una originalidad de la doctrina española en el marco de la ciencia del derecho público europeo cuyas causas, desde luego, contribuye a esclarecer, los dos estudios-epígrafes finales de esta primera parte adquieren así una entidad *per se* y facilitan una mejor inteligencia de los sucesivos capítulos, en cuyo enfoque prevalece la aplicación pragmática de las aportaciones conceptuales sobre las consecuencias teóricas.

Los predicados del liberalismo — de los diferentes liberalismos —, al que el autor considera « el gran motor del constitucionalismo, cuya aspiración ha sido siempre la de organizar y limitar racionalmente el poder del Estado a partir del reconocimiento y garantía de las libertades individuales », son la auténtica inspiración de las siguientes partes del libro, cuya estructura responde a un criterio cronológico en conformidad a unos periodos que, aunque personalmente me parecen controvertibles, son, no obstante, convencionalmente aceptados en el constitucionalismo moderno español: 1808-1833, 1834-1868 y, finalmente, 1869-1978.

A partir de esas dos aludidas premisas teórico-espaciotemporales, los conceptos, cuya especificación se había desarrollado en la primera parte atendiendo a corrientes, influencias, aportaciones originales y especificidades, se contextualizan y, de esta manera, Estado, Monarquía, derechos, representación, nación o pueblo — esa entidad que, como perspicazmente expone, inspira al mismo tiempo « desprecio y temor » — se observan ahora desde una posición, se diría, más próxima a la *Realpolitik*. Por no recurrir al socorrido y episódico, aunque muy influyente, momento gaditano, será suficiente señalar a este respecto, que, además de otras consideraciones, los hitos del constitucionalismo hispánico-español de los dos últimos siglos quedan, a mi parecer, brillantemente identificados y recogidos desde ese acto 'transaccional' progresista-moderado o radical-doctrinario — que, como con acierto subraya, no fue « sólo fruto de una voluntad política de concordia [...]

sino de una notable confluencia doctrinal » en el escenario de la guerra carlista — que es la constitución de 1837, en la mesocracia de la de 1845, en el historicismo canovista de la de 1876, en la polémica lucha por los derechos desde 1898 hasta 1931 — dictadura de Primo de Rivera incluida —, en el ‘parlamentarismo racionalizado’ y el Estado de derecho, social e ‘integral’ — con la consiguiente ruptura con una tradición basada, entre otras, en un teórico centralismo, por otra parte, no muy antiguo —, de la de 1931, en el trauma de las Leyes Fundamentales del general Franco, hasta llegar a la actual Constitución de 1978. Una Constitución, esta última, calificada por Varela Suanzes como « el intento generoso [...] de conseguir un orden constitucional aceptable para todos los españoles ».

Así pues, un largo recorrido — el mismo que ocupa el moderno constitucionalismo en España — es el de este libro. Y en este trayecto, se desintegran ridículas rivalidades procedentes de miopes y, por tanto, reduccionistas, y, en consecuencia, erradas visiones del derecho y de la historia en general, al partir de unos presupuestos que se amplían y engrandecen por aceptar las aportaciones de la ciencia y filosofía políticas, naturalmente de la teoría del derecho y, por supuesto, de la Historia. Por eso se podrá estar de acuerdo en todo o en parte, se puede discutir o discrepar de algunas e incluso de todas sus conclusiones, pero lo que nadie podrá negar es que, desde la primera hasta la última de sus publicaciones, todas ellas tienen en común una elaborada visión personal a través de la cual se pone de relieve que con sus logros y carencias, con sus altibajos, el moderno constitucionalismo español, más allá de las simples clasificaciones de la alternancia — progresista y moderada —, de la dialéctica monarquía-república, de la oposición Estado unitario-Estado autonómico, de la dualidad centralización-descentralización, de la confrontación pueblo-nación-nacionalidad, ese constitucionalismo tan marcado por enfrentamientos bélicos y civiles, con sus peculiaridades, que las tiene y no de escasa entidad, comparte los principios, valores y bases doctrinales que caracterizan la cultura jurídico-constitucional occidental. Ignorar este hecho aportará siempre una visión provinciana e incompleta, por tanto, inexacta de nuestra historia constitucional. Su reivindicación, expresada de forma explícita o tácita, es, desde mi punto de vista, uno de los mayores méritos de esta ‘visión de conjunto’ que ha llevado a cabo Varela Suanzes en este libro parcialmente recopilatorio de todos sus escritos.

De ahí que, al margen, aunque no cabalmente desconectada del demostrado valor científico, una de las más lúcidas opiniones que se han vertido sobre él es la que Rubio Llorente, excelente constitucionista y vicepresidente que fue del Tribunal Constitucional, expresa en el breve pero inteligente prólogo y que me parece la apropiada para concluir esta reseña: « Si hubieran leído algunos de los trabajos aquí recogidos [...] políticos y periodistas hubiesen sabido, por ejem-

plo, que en los momentos iniciales de nuestro constitucionalismo, y a todo lo largo del siglo XIX y comienzos del XX, las ideas de nación y soberanía nacional han sido entendidas de muy diversos modos [...]. Un mejor conocimiento de la historia les habría permitido también conocer mejor el enfrentamiento entre dos nociones que nuestros políticos de hoy suelen tratar como equivalentes, las de soberanía nacional y soberanía popular, y comprender las razones por las que los constituyentes de 1931 prefirieron prescindir de los conceptos de nación y soberanía nacional, que sustituyeron por los de pueblo y soberanía popular [...] ». Políticos, periodistas y también estudiosos, cuya confusión respecto a estos y otros conceptos puede desvanecerse con la muy recomendable lectura de este libro.

CLARA ÁLVAREZ ALONSO

A proposito di...

ITALO BIROCCHI

REPERTORI BIOGRAFICI RECENTI E STORIA
DEL DIRITTO. UN PROGETTO DI RACCOLTA STORICA
DI GIURISTI ITALIANI (1)

1. Biografie e diritto. — 2. L'emersione di nuovi interessi per repertori biografici nel comparto giuridico. — 3. Tre recenti repertori. — 4. La 'lacuna' italiana e l'idea di un progetto. — 5. Qualche dettaglio. — 6. La necessità di un lavoro collettivo.

1. *Biografie e diritto.*

Almeno fino ad una ventina d'anni fa, verso il genere biografico la diffidenza era elevata. Lo si considerava espressione di una letteratura popolare e incline al romanzesco, talvolta affetto da una noiosa erudizione minimalista, spesso provinciale e tendenzialmente deformante nella sua visuale individualistica. S'intende che nessuno disconosceva i risultati eccellenti di certi lavori — in Italia, ad esempio, l'opera di Rosario Romeo su Cavour, o di Renzo de Felice su Mussolini o ancora il profilo intellettuale di Giannone delineato da Giuseppe Ricuperati — e tuttavia era diffuso un giudizio (o pregiudizio) che tendeva a relegare la biografia al rango delle opere divulgative da lasciare alla penna di giornalisti, di specialisti della letteratura popolare e di autori 'marginali' (2); il letterato criticava con arguzia e magari con virulenza le politiche editoriali che spingevano per l'espansione del genere biografico e

(1) A proposito di R. DOMINGO (ed.), *Juristas universales*, I-IV, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004; M.J. PELÁEZ (ed.), *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos (hispánicos, brasileños, quebequenses y restantes francófonos)*, I-II/1, Zaragoza-Barcelona, Universidad de Málaga e altri, 2005-2006; P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN et J. KRYNEN (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle*, Paris, Puf, 2007.

(2) Un sintetico panorama delle discussioni allora svolte in Italia in G.P. ROMAGNANI, *Prospero Balbo: intellettuale e uomo di Stato (1762-1837). I. Il tramonto dell'antico regime in Piemonte (1762-1800)*, Torino, Deputazione subalpina di storia patria, 1988, p. VII ss.

quasi mai si faceva attrarre dalle prospettive di remunerazione elevata promesse da un cimento in questo campo ⁽³⁾.

A maggior ragione tale atteggiamento si è manifestato tra gli storici del diritto, sia perché si riteneva che l'alto specialismo attribuito (a torto o a ragione) alla loro disciplina non potesse conciliarsi con la forma della biografia, sia perché a lungo lo storico del diritto ha maneggiato quasi esclusivamente fonti, categorie e forme giuridiche; l'attenzione era rivolta ai 'dogmi', sicché poco spazio era dato alla storia e men che meno alle esperienze individuali. Le nostre biblioteche sono piene di testi che pretendono di parlare della storia di un istituto, saltando qua e là nei secoli tra citazioni di fantasmi dotati solo di nome, più o meno altisonante (Bartolo e Baldo, Giasone e Filippo Decio, Budé e Mantica, Grozio e Domat...).

Oggi non è più così. La svolta è iniziata nel campo della storia generale ⁽⁴⁾. Forse anche per la ripresa dell'ottica individuale che si è registrata nella politica e nella cultura degli anni Ottanta, forse per l'usura di accostamenti storiografici — tipico quello delle *Annales* — la cui lettura del sociale era stata fieramente contraria all'utilizzazione delle forme biografiche, sta di fatto che ormai il genere della biografia è presente prepotentemente nella storia 'alta' ⁽⁵⁾. Esso ormai contamina campi che, come quello della filosofia, in precedenza erano ritenuti inattaccabili ⁽⁶⁾. Si diceva che la figura del filosofo coincidesse col suo pensiero e che quindi in lui non ci fosse niente da biografare: tutto si riduceva a conoscerne l'opera. Ma, come è stato mostrato, l'opera di

⁽³⁾ Molto significativo il dibattito ospitato in « Sigma », XVII, 1984, pp. 1-2. Tra l'altro, nell'intervento di Guglielminetti che, a mo' di intelligente provocazione, apriva la discussione si legge: « non rimane altro da fare che smontare il meccanismo della biografia, prodotto bastardo e imperfetto quant'altri mai »; l'autore poi concludeva: « Non so davvero darle [alla biografia] altra collocazione che quella di una vetrina di un libraio, fra manuali di astrologia, ricettari, romanzi con fascetta ecc. » (M. GUGLIELMINETTI, *Vendere le vite*, ivi, p. 22).

⁽⁴⁾ In Italia un importante segno ne è stato il seminario, cui hanno partecipato studiosi dalle competenze diverse e in particolare storici cimentatisi in precedenza nel genere biografico (De Felice, De Rosa, Diaz, Romeo, Vigezzi e altri ancora), i cui atti sono pubblicati col titolo *Biografia e storiografia*, a c. di A. Riosa, Milano, Franco Angeli, 1983.

⁽⁵⁾ Ne costituisce un esempio abbastanza recente l'opera, che riguarda anche aspetti giuridici, di C. CAPRA, *I progressi della ragione. Vita di Pietro Verri*, Bologna, Il Mulino, 2002, nella cui premessa l'autore elegantemente accenna ai problemi storiografici che pone il genere della biografia (spec. pp. 8-11).

⁽⁶⁾ F. DOSSE, *Le pari biographique. Écrire une vie*, Paris, La Découverte, 2005, p. 399 ss. e *passim*: testo che si raccomanda per la ricchezza dell'informazione e per le suggestioni che offre.

un pensatore è inscindibile dalla sua biografia, sicché grazie al nuovo interesse per questo genere noi possiamo dire di conoscere molto meglio Montaigne e Pascal, Montesquieu e Rousseau, Wittgenstein e Harndt.

E il mondo del diritto? Per la verità sconta il rifiorire di visuali neopandettistiche, il cui interesse per le concettualizzazioni porta tendenzialmente lontano dalle biografie; e risente ancora degli atteggiamenti di una certa tradizione accademica, carichi di pregiudizi su quel genere letterario. Inoltre, e con qualche fondamento, la biografia evoca un pericolo molto temuto in questi tempi, dopo gli eccessi del passato: quello di cadere nella pura erudizione, che è un rischio effettivo allorché l'accostamento biografico estrae dati ed episodi che appaiono fine a se stessi. La diffidenza è ancora tanta. Oltre all'interesse per questo aspetto dell'indagine storica, sembra dunque che per condurre ricerche nel puro biografico del giurista occorra una grande libertà nel modo di intendere le discipline storico-giuridiche. Se per esempio consideriamo il recente e ammirevole ritratto di Alcide De Gasperi, vediamo che ne è autore uno studioso dalla formazione storico-giuridica, Piero Craveri, ormai votato tuttavia alla storia contemporanea *tout court* (7). A parte eccezioni, che naturalmente non mancano (8), di norma l'interesse dello storico del diritto per la biografia è strumentale o, come anche si potrebbe dire utilizzando una categoria coniata da Giovanni Levi, 'modale' (9): ovvero la biografia al servizio della comprensione di un ambiente culturale, o dell'operare di un'istituzione e così via.

Questo sembra essere oggi il bisogno pressante dello storico del diritto: scendere a una individualizzazione che permetta di ricostruire il mondo complesso delle teorie giuridiche, del funzionamento delle istituzioni nonché dell'elaborazione e applicazione dei testi normativi (10). In fondo, per comprendere il fascismo come movimento unitario conviene tener conto dei diversi 'fascismi' (tra loro interrelati) espressi tra l'altro dalle particolari biografie dei protagonisti (11); come

(7) P. CRAVERI, *De Gasperi*, Bologna, Il Mulino, 2006.

(8) È il caso di Carlos Petit con i suoi lavori su Radin e Lambert e della monografia di Antonio Serrano su Castán (A. SERRANO GONZÁLEZ, *Un día de la vida de José Castán Tobeñas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001).

(9) F. DOSSE, *Le pari biographique*, cit., p. 235 ss.

(10) In tale direzione si segnalano le iniziative editoriali che, su impulso di Raffaele Ajello e quasi sempre in forma di collana, per il Regno meridionale hanno dato sbocco a ricerche incentrate su personaggi quali D'Andrea, Tanucci, Giannone, Fragianni, Biscardi, Argento, De Ponte, Pallante, De Franchis, Zurlo, Vario e altri ancora.

(11) Questa fu, come è noto, la considerazione di base che spinse R. DE FELICE a

pure per studiare il fenomeno culturale dell'umanesimo giuridico — anch'esso ricostruibile unitariamente ma a patto di riconoscerne le tante sfaccettature — è opportuno distinguere i vari profili di giuristi che si affollano in seno all'orientamento culto. Così, se a prima vista l'affermazione per cui « ogni storico è sempre un po' biografo » può sconcertare e magari disturbare la sensibilità di molti, essa tuttavia è meno brutale di quel che sembra e comunque appare sufficientemente comprovata da molti segni della storiografia attuale. Lo stesso autore che l'ha espressa, del resto, ha avvertito che « non si tratta di privilegiare indebitamente la biografia »; semplicemente è forse opportuno riconoscere che nel mestiere dello storico si è « alle prese con le biografie più spesso che non si creda » (12).

Si assiste infatti ad una ventata di interesse per le individualità, che ha consentito di ricostruire tendenze, aspirazioni e idee difficili da ritenere estranee alla realtà, sebbene in passato, in nome di una visione positivista e di una storia fatta a spanne, esse fossero totalmente trascurate oppure ingenuamente confinate nella categoria dei 'tentativi'. Il mondo del diritto viene visto ora come popolato non solo dai grandi protagonisti della scienza giuridica — un Vittorio Emanuele Orlando, un Santi Romano e un Federico Cammeo per il diritto pubblico e amministrativo, ad esempio — ma anche da una folla di personaggi attivi nel dibattere i temi, avanzare proposte, introdurre canoni d'insegnamento, elaborare teorie, combinare culture, codificare norme, applicare indirizzi interpretativi. Per restare al settore poc'anzi menzionato, sappiamo di un Mantellini e un De Gioannis, studiati da Rebuffa (13), di un Arcoleo, a cui si sono dedicati di recente vari autori (14), e poi della schiera di personalità raffigurata nella *Storia della letteratura amministrativistica* da Cianferotti (15). La storia del diritto amministrativo

occuparsi della biografia di Mussolini: v. il suo intervento in *Biografia e storiografia*, cit., pp. 49-50.

(12) Le citazioni sono tratte dall'intervento di B. VIGEZZI, in *Biografia e storiografia*, cit., p. 109.

(13) G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia: profili di amministrativisti preorlandiani*, Bologna, Il Mulino, 1981.

(14) Dopo M. FIORAVANTI, *Costituzione, Stato e politiche costituzionali nell'opera di Giorgio Arcoleo* (1986), ora in Id., *La scienza del diritto pubblico, Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 327-370, v. L. BORSI, *Classe politica e costituzionalismo. Mosca, Arcoleo, Maranini*, Milano, Giuffrè, 2000 e G. MANCA, *Il Sonderweg italiano al governo parlamentare (a proposito delle acquisizioni della più recente storiografia costituzionale italiana)*, in «Quaderni fiorentini», 33-34, 2004-2005, p. 1320 ss.

(15) G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana. I. Dal-*

è stata completamente rinnovata da questa propensione individualizzante; lo stesso avviene, con intensità varia, nel campo del diritto commerciale, dopo la biografia intellettuale di Azuni pubblicata da Berlinguer⁽¹⁶⁾, di quello processualcivile⁽¹⁷⁾, o, questa volta con uno sforzo addirittura corale, del diritto penale. Inutile proseguire nella rassegna.

In ciò gioca un incontro, che in Italia sembra essersi instaurato negli anni recenti per la concomitanza di un duplice e convergente movimento: da un lato, si è verificato uno spostamento dell'interesse di ricerca degli storici del diritto verso l'età moderna e, ancor di più, contemporanea; dall'altro, tra i giuristi positivi si è manifestata una certa propensione a ricostruire la memoria della propria materia, con un'attenzione che riguarda anche le figure di contorno, in qualche modo importanti nella rispettiva esperienza disciplinare.

2. *L'emersione di nuovi interessi per repertori biografici nel comparto giuridico.*

È in questo clima almeno parzialmente rinnovato che si spiega, mi pare, l'ondata di repertori biografici che beneficamente si sta diffondendo in Europa⁽¹⁸⁾. Per l'ambito a cui si rivolgono, per l'impostazione sottostante ad ogni 'scheda' biografica, per il periodo a cui è rivolta l'attenzione, essi si dispongono secondo diverse direttrici, che si intersecano reciprocamente e tuttavia soddisfano esigenze tra loro connesse. In particolare una direttrice riguarda lo spazio, 'nazionale' o europeo o addirittura universale interessato; un'altra direttrice attiene all'arco temporale, a proposito del quale, oltre a una comune attenzione per il periodo contemporaneo, le scelte cambiano ricomprendendo variamente i giuristi dell'antichità e quelli dell'età medievale e moderna. Entro queste direttrici, poi, muta l'estensione concessa alle diverse articolazioni spaziali e temporali.

L'interesse per l'uso del genere 'repertorio biografico' nell'ambito

l'Unità alla fine dell'Ottocento. Autonomie locali. Amministrazione e costituzione, Milano, Giuffrè, 1998.

(16) L. BERLINGUER, *Domenico Alberto Azuni giurista e politico (1749-1827). Un contributo bio-bibliografico*, Milano, Giuffrè, 1966.

(17) Si è distinto particolarmente F. CIPRIANI, di cui sono da ricordare almeno *Ideologie e modelli del processo civile. Saggi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997 e *Scritti in onore dei patres*, Milano, Giuffrè, 2006.

(18) Ormai un quarto di secolo fa, intervenendo nel dibattito pubblicato in *Biografia e storiografia*, cit., Ph. LEVILLAIN affermava: « l'avvenire della biografia altro non è che il dizionario delle biografie. Dizionario concepito per periodi, per gruppi, per categorie sociali » (p. 47).

del diritto è stato innescato su iniziativa della storiografia giuridica tedesca, che del resto tra i suoi padri fondatori ottocenteschi vanta, unica forse in Europa, un gusto spiccato per la storia della giurisprudenza come risultante dell'opera e dell'attività dei giuristi. Il pensiero va subito alla *Geschichte* di Savigny e poi alla *Geschichte* della quale furono autori, a cavallo tra Otto e Novecento, Stintzing e Landsberg, i cui studi, a riprova del metodo con il quale la loro storia è costruita, furono riversati anche in tante voci della monumentale *Allgemeine Deutsche Biographie*, che veniva condotta in contemporanea⁽¹⁹⁾. Lo stesso approccio biografico emerge nella *Geschichte* dello Schulte, che appare nello stesso torno d'anni con riferimento al diritto canonico⁽²⁰⁾: questa volta, anzi, l'operazione biografica riguardava i giuristi europei e non solo i giuristi tedeschi, come era inevitabile dato il ramo di studio e l'età (anche medievale) di cui l'autore si occupava.

Su questi illustri precedenti e su una tradizione di studi che ha continuato a coltivare l'interesse per le biografie⁽²¹⁾, tra gli anni Settanta e Novanta dello scorso secolo nell'area germanofona si intrapresero tre iniziative che segnarono il lancio del repertorio biografico dei giuristi come ausilio per la storia del diritto.

La prima è quella condotta da G. Kleinheyser e J. Schröder che nel 1976 fecero uscire un piccolo libretto riguardante le figure di 73 giuristi, tutti tedeschi, dell'età moderna e contemporanea⁽²²⁾; destinato a un pubblico di non specialisti e di studenti che si apprestassero allo studio della giurisprudenza tedesca, il testo si è subito dimostrato utilissimo per l'equilibrato rapporto tra un'informazione puntuale e una trattazione sintetica delle singole voci, sicché si spiega il successo dell'opera che conta quattro edizioni, alquanto allargate successivamente per l'espansione dello spazio temporale (gli ultimi nove secoli) e regionale (esteso all'Europa). Un'estensione che però appare problematica, essendosi appena ampliati i confini originali (accrescendo il numero di pagine)⁽²³⁾.

⁽¹⁹⁾ R. STINTZING, E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I-IV, München-Leipzig, Oldenbourg, 1880-1910 = Aalen, Scientia, 1957 e 1978. Nel testo si allude alla *Allgemeine Deutsche Biographie*, Leipzig, Duncker & Humblot, 56 voll., 1875-1912.

⁽²⁰⁾ J.F. von SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts von Gratian bis auf Gegenwart*, I-III, Stuttgart, Enke, 1875-1880.

⁽²¹⁾ Basti menzionare la serie di fascicoli, usciti a partire dal 1964, raccolti sotto il titolo *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (Berlin, Schmidt, I-V, 1971-1998), ora in fase di aggiornamento.

⁽²²⁾ Unica eccezione, di ordine temporale, quella riguardante Eike von Repgow (ca. 1180/90-post 1232).

⁽²³⁾ G. KLEINHEYSER, J. SCHRÖDER (hrsg. von), *Deutsche und europäische Juristen*

Era comunque un chiaro segnale dell'esigenza di disporre di una raccolta di biografie più vasta, a cui diede risposta un altro repertorio, curato da M. Stolleis e pubblicato nel 1995⁽²⁴⁾. Esso contiene un numero abbastanza ampio di voci (poco più di 600) e riguarda anche i giuristi dell'antichità; la selezione osserva un certo equilibrio tra le diverse aree europee e comprende (sebbene si tratti di una minoranza) anche giuristi appartenenti a culture poco frequentate dalle nostre letterature come quella araba e orientale. La trattazione è alquanto sintetica, con spazi individualmente più contenuti rispetto a quelli che si riscontrano nel repertorio di Kleinheyer e Schröder⁽²⁵⁾.

Una terza iniziativa è dedicata ad una raccolta di ritratti biografici 'nazionali'. Per le cure di W. Brauneder nel 1987 è uscito infatti un repertorio di giuristi austriaci, comprendente 64 profili di personalità operanti tra il XIII secolo e l'età contemporanea, con una scelta che è dunque abbastanza selettiva⁽²⁶⁾. Comprensibilmente le voci riguardano molto più giuristi dell'età contemporanea che non dell'età moderna e, ancor meno, del periodo medievale; ciascuna biografia si presenta compatta ma esauriente (tra l'altro il curatore, con scelta originale, ha aggiunto alla trattazione dell'opera e della figura dei singoli personaggi un'appendice, in cui sono esposti individualmente i principali dati concernenti la biografia, le opere e la bibliografia)⁽²⁷⁾.

In diversa misura questi tre repertori costituivano, nei rispettivi campi di interesse, l'espressione di un sapere essenziale e aggiornato dal quale chiunque non fosse uno specialista nello studio di quel singolo personaggio poteva utilmente partire.

Inevitabilmente essi rappresentano anche un termine di confronto su cui misurare le analoghe imprese apparse successivamente. S'intende che il giudizio comparativo è sempre opinabile di fronte ad opere che sottendono un impianto molto complesso e che comportano

aus neun Jahrhunderten, Heidelberg, Müller, 1996⁴. A seguito dell'ampliamento l'opera arriva a comprendere 108 biografie principali (74 delle quali riguardanti giuristi tedeschi) e 244 brevi ritratti (di cui 211 tedeschi) in appendice.

⁽²⁴⁾ L'autore, in collaborazione con altri studiosi, aveva già curato due opere riguardanti il genere delle biografie: B. DIESTELKAMP, M. STOLLEIS (hrsg. von), *Juristen an der Universität Frankfurt am Main*, Baden-Baden, Nomos, 1989 e H. HEINRICH, H. FRANZKI, K. SCHMALZ, M. STOLLEIS (hrsg. von), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München, Beck, 1993.

⁽²⁵⁾ M. STOLLEIS (hrsg. von), *Juristen: ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, München, Beck, 1995 (una seconda edizione, ampliata di poco, è uscita nel 2001).

⁽²⁶⁾ W. BRAUNEDER (hrsg. von), *Juristen in Österreich 1200-1980*, Wien, Orac, 1987. I giuristi medievali sono 6, quelli moderni 16, i contemporanei 42.

⁽²⁷⁾ Per i dati sull'estensione delle voci e una comparazione v. nt. 50.

un minuto lavoro di selezioni e inglobamenti; ma il confronto può essere utile per evitare incomprensioni e in particolare per correggere impressioni originate da letture superficiali (le presunte 'lacune' che sembra sempre di poter cogliere in un repertorio e che spesso derivano da un'ottica soggettiva, per lo più dettata dai propri interessi culturali o di ricerca). D'altronde, poiché i repertori di cui finora si è parlato sono opere autorevoli e di uso comune, coloro i quali di recente si sono accinti a imprese biografiche li hanno sicuramente tenuti presenti come esempi se non come modelli.

3. *Tre recenti repertori.*

Nel 2004, in Spagna, è stata pubblicata, per le cure del romanista di formazione R. Domingo, una raccolta di *Juristas universales* in quattro tomi che, rispettivamente dedicati all'età antica e medievale, all'epoca moderna, al secolo XIX e al secolo XX, comprende una vasta galleria di giuristi, in grandissima parte europei ⁽²⁸⁾.

Lo sforzo è stato imponente e il risultato altamente apprezzabile. La trattazione di ciascun personaggio segue l'articolazione già rinvenuta nei due repertori tedeschi: *a*) illustrazione del ruolo del giurista e del suo pensiero; *b*) opere; *c*) bibliografia. Qui, tuttavia, la esposizione è non solo ampliata per quanto riguarda il numero dei giuristi (a parte i giureconsulti romani), ma anche svolta in forma più distesa e critica. Esteriormente si passa dal piccolo, per quanto denso, al grande formato e a una lunghezza delle voci che, in quelle di massimo spessore, arriva a una misura ragguardevole ⁽²⁹⁾. L'allargamento notevole del numero di voci consente di comprendere nel repertorio pressoché tutti i principali giuristi che ci si aspetterebbe di ritrovare biografati, con un certo equilibrio tra le aree rappresentate. Si vede, in sostanza, che il progetto non deriva da un'estensione internazionale di un primitivo nucleo di personaggi nazionali da biografare, bensì è frutto di un programma impostato coerentemente.

Provando ora a cogliere i caratteri essenziali che appaiono dallo sviluppo dell'opera, sembra di poter indicare alcuni elementi. A tal fine può essere utile il confronto tra i due repertori di Stolleis e di Domingo:

— il primo ha privilegiato le esigenze di essenzialità e maneggevo-

⁽²⁸⁾ R. DOMINGO (ed.), *Juristas universales*, I-IV, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004. Complessivamente i giuristi biografati sono 912, di cui 43 romani, 85 medievali, 229 moderni e 555 contemporanei (compresi, tra questi ultimi, 69 giuristi spagnoli del XX secolo trattati più brevemente in una sorta di appendice).

⁽²⁹⁾ Per i dati sull'estensione delle voci e una comparazione v. nt. 50.

lezza; il secondo quella di offrire un quadro critico pur nello spazio del repertorio. Si tratta di caratteri che si presentano immediatamente visibili per il formato e la mole delle due imprese;

— entrambi propongono una disposizione delle biografie ‘ad imbuto’: il numero dei giuristi biografati va nettamente aumentando a mano a mano che si giunge ai nostri giorni. Questo consente di tener dietro alle articolazioni che il diritto assume in epoca contemporanea col sorgere dell’autonomia di nuove discipline, e anche, potenzialmente, di tener conto delle varie collocazioni che il giurista si trova ad occupare nei tempi moderni e soprattutto nell’età più vicina a noi;

— la selezione di Stolleis ha maggiore compattezza perché estrae un numero minore di giuristi provenienti da un’area più vasta, sicché non sorgono dubbi di fondo sulla lista dei giuristi biografati (del tutto opportuna la scelta di inserire alcuni grandi filosofi per l’impatto del loro pensiero nell’ambito giuridico); salva sempre l’opinabilità della ricomprensione di singoli giuristi nella lista (ad esempio, qualche dubbio può sorgere nel vedere inseriti Bellarmino e papa Lambertini [Benedetto XIV] nella ristretta cerchia — solo 17 — dei personaggi italiani dell’età moderna), è difficilmente contestabile che le scelte compiute siano coerenti. La selezione di Domingo appare più aperta, e in generale accorda un forte peso al pensiero teologico e canonistico (Cajetanus, Vitoria, Suárez, gli stessi Bellarmino e Benedetto XIV e altri ancora). D’altra parte la scelta di non limitarsi solo a giuristi dalla formazione tecnica, bensì di allargare (selettivamente) l’interesse a personaggi ritenuti particolarmente rilevanti per il mondo del diritto, spiega perché siano annoverate figure come quella di Napoleone Bonaparte e (ma qui forse la scelta appare più discutibile) di Luigi Taparelli d’Azeglio;

— entrambi i repertori non sembrano dedicare molta attenzione a figure di estrazione pratica (magistrati, notai, avvocati). Qui si vede come nel repertorio di Domingo la scelta di apertura, che allarga la visuale a personaggi ritenuti rilevanti per il mondo del diritto, sia ‘orientata’, oltre che verso la teologia, nei confronti della filosofia (voci relative a Kant, Fichte, Hegel), la sociologia (voci concernenti Durkheim, Weber, Luhmann e altri) piuttosto che verso l’ambito della pratica⁽³⁰⁾.

Una seconda, recentissima, iniziativa editoriale attiene al mondo francese; ne sono curatori P. Arabeyre, J.-L. Halpérin e J. Krynen⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ I criteri che hanno ispirato le scelte sono indicati dal curatore in *Juristas universales*, I, cit., pp. 35-36.

⁽³¹⁾ P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN et J. KRYNEN (dir. de), *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle*, Paris, Puf, 2007. Il testo è stato pubblicato nell’ottobre

Qui la scelta si restringe alla Francia e taglia fuori, comprensibilmente, i giuristi dell'antichità, ma nel contempo si allarga fino ad annoverare 1278 giuristi. Anche in questo caso la distribuzione dei biografati è 'ad imbuto', ma il cambio di percentuale nelle presenze si registra, abbastanza bruscamente, tra età medievale (da cui sono tratti 168 giuristi) ed età moderna (da cui il repertorio attinge ben 688 personaggi) ⁽³²⁾.

Pure qui siamo in presenza di un eccellente lavoro, che si distingue per la forte organizzazione interna e per l'omogeneità dei contributi; il progetto è stato evidentemente studiato e controllato anche nel particolare dell'estensione delle singole voci ⁽³³⁾.

Il volume si presenta molto compatto, ma il suo aspetto esterno non deve ingannare giacché sfrutta una disposizione tipografica assai redditizia ⁽³⁴⁾. La scelta è chiara, ed è del resto espressa dai curatori: raccogliere un quadro dettagliato dei giuristi francesi, sia di matrice teorica, sia di impronta pratica, intendendo con quest'ultima locuzione non solo i personaggi impegnati nelle magistrature e nell'avvocatura, ma anche gli uomini politici la cui attività abbia inciso su « la marche du droit » ⁽³⁵⁾. Il fine è quello di rendere immediatamente disponibili i principali dati riguardanti la personalità e l'opera degli uomini che hanno costruito la giurisprudenza e le istituzioni in Francia, ovvero restituire un panorama complessivo dell'esperienza giuridica francese attraverso i protagonisti individuali; e questo rivolgendosi al pubblico variegato dei giuristi professionali, che dispongono ora di uno strumento aggiornato e vasto ma agile, nonché al pubblico meno ferrato e perciò bisognoso a sua volta di un repertorio misurato e 'sostanziale', costituito da studenti e da cultori di altre discipline.

Caratteri ancora diversi, ma che nel complesso si ritrovano nei testi già illustrati, appartengono a un terzo repertorio recente: il *Dictionnaire critique de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos* coordinato da M.J. Peláez, pubblicato quasi completamente tra il 2005 e il 2006 (per ora la pubblicazione riguarda il I volume e il primo tomo del II volume, fino alla lettera *Va*: il secondo tomo, con le lettere *Ve-Z* e

2007, qualche mese prima che le presenti note venissero consegnate al redattore dei « Quaderni fiorentini ».

⁽³²⁾ I giuristi contemporanei sono 422.

⁽³³⁾ E ciò nonostante che il numero dei collaboratori sia molto elevato (152) e che tra loro non tutti siano francesi; appartengono però alla stessa tradizione culturale.

⁽³⁴⁾ Il testo è distribuito su due colonne ed è stampato con una misura di carattere abbastanza piccola, sicché una pagina può arrivare a comprendere fino a 6000 caratteri; e tuttavia il libro risulta ben leggibile.

⁽³⁵⁾ P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN et J. KRYNEN (dir. de), *Dictionnaire historique*, cit., p. XII.

un'appendice di aggiornamento è annunciato in uscita nel 2008) ⁽³⁶⁾. Pensato inizialmente come 'appendice spagnola' al repertorio curato da Domingo, nel corso del lavoro l'impresa si è a mano a mano estesa all'area ispanica continentale e a quella latinoamericana: un'area nazionale allargata, per così dire. Complessivamente i giuristi biografati sono 1403, appartenenti all'età antica (si parte da Seneca), medievale, moderna e contemporanea, con una marcata disposizione ad imbuto: la prevalenza dei giuristi contemporanei è perciò nettissima. In ciò ha influito anche la scelta di non considerare alcun limite temporale finale, sicché a discrezione del curatore qualunque giurista non più vivente nel 2006 poteva essere annoverato nella raccolta ⁽³⁷⁾.

La selezione è aperta, nel senso che sono compresi personaggi che non propriamente si direbbero giuristi, ma che comunque per un qualche risvolto della loro opera sono reputati legati al mondo del diritto (è il caso del già citato Seneca, di Averroes e di Las Casas, ad esempio); del tutto coerente la scelta di comprendere nel repertorio autori operanti nell'area considerata, anche di diversa origine (è il caso di Pietro Frasso Pilo, nato in Sardegna).

Complessivamente la galleria di giuristi è molto vasta e il repertorio è assai utile. Si nota una notevole diversità nella trattazione di ciascun profilo biografico, che del resto è accettata come carattere del lavoro dallo stesso curatore. Questi ha lasciato ai singoli firmatari la responsabilità della rispettiva scheda: la disparità riguarda sia la misura delle schede, sia la forma abbastanza libera in cui ognuna è compilata ⁽³⁸⁾. Peláez ha in qualche modo tentato di ovviare a questa disparità, stabilendo una sorta di graduatoria per importanza che va da una valutazione massima di quattro stelle (attribuita solamente a nove giuristi) a una minima di una stella; l'estensione di ciascuna scheda è comunque indipendente dalla classificazione assegnata.

4. *La 'lacuna' italiana e l'idea di un progetto.*

E in Italia? Per quanto detto all'inizio, nel campo del diritto il ge-

⁽³⁶⁾ M.J. PELÁEZ (ed.), *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos (hispánicos, brasileños, quebequenses y restantes francófonos)*, I-II/1, Zaragoza-Barcelona, Universidad de Málaga e altri, 2005-2006.

⁽³⁷⁾ Addirittura il curatore indica i nomi di numerosi giuristi viventi che sarebbero meritevoli di entrare nella galleria (vol. I, pp. 25-27): si direbbe che Peláez non tema minimamente di incorrere in quegli arbitri che segnalava Calasso come un pericolo sempre incombente nei repertori biografici (v. nt. 41).

⁽³⁸⁾ Quelle brevi non presentano alcuna suddivisione interna, mentre quelle più lunghe sono articolate in paragrafi, più o meno numerosi; non ci sono sezioni obbligatorie attinenti, ad esempio, alle opere e alla bibliografia principale.

nera delle biografie conta relativamente pochi contributi monografici; per ricostruire la figura dei giuristi occorre per lo più ricorrere a frammenti sparsi (necrologi, ricordi per anniversari, articoli d'occasione, ecc.), di solito funzionali a ricerche specialistiche o a celebrazioni. Utili, e però settoriali, i repertori che riguardano singole istituzioni, come il Parlamento e, recentemente e con ottima riuscita, il Consiglio di Stato ⁽³⁹⁾. Ma nessun repertorio appositamente e complessivamente pensato per i giuristi è disponibile.

Le prestigiose enciclopedie giuridiche comparse a partire dagli anni Ottanta dell'Ottocento hanno scelto in generale di non inserire i profili biografici dei giuristi ⁽⁴⁰⁾. Lo stesso vale per le maggiori enciclopedie che, con i rispettivi aggiornamenti o attualizzazioni sono tuttora in corso ⁽⁴¹⁾. Fanno eccezione il *Nuovo Digesto Italiano* e, con schede in parte riprese da quest'ultimo, il *Novissimo Digesto Italiano*; entrambi contemplano notizie biografiche *ad nomen* e comprendono anche giuristi stranieri, ma si tratta di un coacervo di schede di solito abbastanza brevi, dal valore molto diseguale, spesso di fattura redazionale e contenenti non pochi errori. Se si aggiunge che le due raccolte sono interessate essenzialmente ai giuristi di scuola e pochissimo a quelli del foro e ai decisionisti e che, per il più recente dei due repertori, la data di pubblicazione è ormai attorno al mezzo secolo (e, come si è detto, le schede possono essere ancora più antiche se tratte dal *Nuovo Digesto*), si deve necessariamente concludere che si tratta di informazioni scarsamente utili anche come base di partenza per conoscere la figura e l'opera dei personaggi di volta in volta trattati ⁽⁴²⁾. Quanto al *Dizionario biografico degli italiani*, che comprende molte e

⁽³⁹⁾ G. MELIS (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948)*, I-II, Milano, Giuffrè, 2006.

⁽⁴⁰⁾ Si allude naturalmente alla *Enciclopedia giuridica italiana* e a *Il Digesto italiano*.

⁽⁴¹⁾ *Enciclopedia del diritto, Digesto Italiano* (IV edizione) e *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Si può notare che, come testimoniano le carte dell'archivio dell'*Enciclopedia del diritto*, nel progetto iniziale di Calasso, formulato attorno alla metà degli anni Cinquanta, era contemplata anche l'idea di inserire le biografie dei giuristi; ma nel passaggio all'attuazione del progetto l'idea fu abbandonata, per il dichiarato intento sia di limitare l'ingresso delle "notizie erudite" nel repertorio enciclopedico, sia di evitare i clamorosi casi di « sperequazioni e arbitri storici » a cui le biografie frequentemente aprivano l'adito. E tuttavia, dopo aver espresso queste non troppo convincenti motivazioni, il geniale ideatore dell'*Enciclopedia* prometteva che in uno degli indici finali, ove sarebbero stati ricordati gli autori dei quali fosse stato citato il pensiero, ne sarebbero stati forniti anche i dati bio-bibliografici (così, testualmente, la presentazione al I volume [1958], p. VI): promessa purtroppo non mantenuta dai continuatori dell'opera.

⁽⁴²⁾ E ciononostante, proprio a causa della mancanza di alternative, le schede

importanti biografie che interessano il mondo del diritto, per l'ambito generale in cui esso si colloca, lo spirito dell'opera e i tempi necessariamente lenti con cui quell'impresa editoriale procede (attualmente, dopo circa 47 anni dall'uscita del primo volume, si è giunti alla lettera M), esso è un imprescindibile punto di riferimento, che non colma però la lacuna rilevata. Utili informazioni si ritrovano nelle voci pubblicate nel *Dictionnaire de théologie catholique* e nel *Dictionnaire de droit canonique*, ma ovviamente solo per i canonisti e soprattutto per l'età medievale, meno per quella moderna ⁽⁴³⁾.

Forse è giunto il momento di prendere l'iniziativa anche in Italia. Giocano in questo senso sia le esperienze che altrove fruttuosamente si sono sviluppate, sia il livello e l'articolazione degli studi di cui la storiografia giuridica italiana ha dato prova. In primo luogo, naturalmente, occorre pensare alle finalità alle quali il repertorio dovrebbe rispondere e il pubblico a cui dirigersi.

È importante che sia uno strumento vasto e duttile. Il che significa che non dovrebbe riguardare solo i giuristi di scuola, bensì, e con pari dignità, anche gli operatori del diritto che comunque si sono distinti nella vita sociale e professionale. Si pensi, del resto, che per la crisi che investì le Facoltà giuridiche in Italia nel Seicento e per una buona parte del Settecento i personaggi di spicco furono maggiormente attivi nel mondo dell'avvocatura e delle magistrature (basti ricordare, a Napoli, il fenomeno dei togati e le figure di Francesco D'Andrea e di Pietro Giannone, a Roma di Giovanni Battista De Luca, a Milano di Gabriele Verri e Cesare Beccaria) e che tra Otto e Novecento in molti giuristi di rango vi fu una forte compenetrazione degli aspetti accademici, professionali e istituzionali (ad esempio, Carrara, Lucchini, Zanardelli, Ferri, Rocco, Carnelutti). C'è bisogno, inoltre, di non fermarsi ai grandi, bensì di ritrarre anche i personaggi che hanno fatto da tessuto connettivo come diffusori di dottrine (in qualità di traduttori, per esempio) o come latori di proposte o comunque come giuristi che

biografiche del *Novissimo Digesto* sono spesso citate sia nelle opere specialistiche, sia nei lavori d'insieme come, ad esempio, l'autorevole *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, hrsg. von H. Coing (v. spec. il vol. II/1, München, Beck, 1977).

⁽⁴³⁾ Nei tre repertori "universali" ricordati in precedenza, il numero dei giuristi italiani biografati è il seguente: a) KLEINHEYER e SCHRÖDER, *Deutsche und europäische Juristen*: 8 (se si conta anche Martini); b) STOLLEIS, *Juristen*: 66 (se si conta Guglielmo Durante; non sono computati i giuristi di età romana); c) DOMINGO, *Juristas universales*: 189 (esclusi i giuristi antichi). Si può aggiungere J. MACDONNEL, E. MANSON (ed. by), *Great Jurists of the World*, Boston, Little Brown, 1914 (più volte ristampato anastaticamente), ove, su 22 ritratti di giuristi dell'età medievale, moderna e contemporanea, 5 sono italiani (Bartolo, Alciato, A. Gentili, Vico e Beccaria).

hanno lasciato segni apprezzabili nella cultura e nelle istituzioni intermedie o locali. Dunque, pur senza evitare il problema della selezione, si dovrebbe prestare attenzione a una galleria di figure abbastanza ampia.

L'ambizione, decisamente impegnativa, dovrebbe essere quella di creare un repertorio funzionale alla comprensione delle dottrine e degli istituti giuridici, alla considerazione delle forme e della vita delle istituzioni, alla collocazione del giurista nelle rispettive realtà sociali: a umanizzare il diritto, si potrebbe dire. Un repertorio di biografie che renda possibile leggere *attraverso* e *al di là* delle biografie; per esempio, dovrebbe essere possibile ricavare informazioni sui generi letterari adoperati dai giuristi, sull'evoluzione nei ruoli e nelle cariche occupate (nelle cattedre universitarie, nelle magistrature, nei governi, ecc.), sulle primarie istituzioni operanti prima e dopo lo Stato unitario, sulla specializzazione delle discipline, sui rapporti tra Stato e Chiesa e tra diritto e morale e persino sui principali istituti caratterizzanti la vita di relazione. Oggi poi, come bene è stato notato da un civilista sensibilissimo al discorso storico, non è possibile fare la storia delle singole discipline senza passare, anche biograficamente, attraverso la folla di cultori — non solo i caposcuola — che le hanno illustrate nei vari ruoli⁽⁴⁴⁾. Pertanto, anche mediante gli opportuni rinvii che i curatori dovranno suggerire o inserire nelle varie voci, il repertorio dovrebbe fare emergere, tramite i personaggi, i principali nodi tematici attraverso cui si è svolta la storia delle singole materie, dalla fase di una sostanziale indistinzione nell'ambito onnicomprensivo della *civilis sapientia*, alla fase di autonomia disciplinare (si pensi al diritto commerciale, a quello internazionale, al diritto pubblico — a sua volta via via parcellizzato in settori sempre più specialistici — ecc.); dovrebbe anche proporre un profilo del diverso atteggiarsi del ruolo dei giuristi nelle professioni e nelle magistrature.

Lo strumento biografico, in sostanza, dovrebbe aiutare a comprendere il rapporto tra dottrine, giuristi, ordinamento e società civile, come ben ha notato chi, occupandosi del ruolo dei giuristi, ha constatato che proprio in questa prospettiva la biografia andrebbe coltivata con molta più attenzione⁽⁴⁵⁾. È, del resto, un'esigenza che è stata ma-

⁽⁴⁴⁾ G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 302.

⁽⁴⁵⁾ A. PADOA SCHIOPPA, *Sul ruolo dei giuristi nell'età del diritto comune: un problema aperto*, in *Il diritto comune e la tradizione giuridica europea. Atti del convegno di studi in onore di Giuseppe Ermini*, Perugia, 30-31 ottobre 1976, a cura di D. Segoloni, Perugia, Libreria universitaria editrice, 1980, p. 163.

nifestata, ed anzi ha ricevuto importanti risposte, in altri settori culturali, come quello letterario ⁽⁴⁶⁾.

S'intende, inoltre, che il repertorio dovrebbe anche costituire un agile strumento a portata di mano per disporre velocemente dei dati essenziali relativi a personaggi che di frequente capita di trovare citati in monografie, riviste, giornali e talvolta anche nei mezzi di comunicazione audiovisiva.

L'opera non dovrebbe dunque essere destinata esclusivamente a giuristi, ma in generale a un pubblico colto e curioso, a storici o a lettori con interessi storici; e, tra i giuristi, essa dovrebbe guardare alle esigenze del giurista positivo nelle sue varie collocazioni (avvocato, magistrato, notaio, accademico, ecc.), oltre a venire incontro alle esigenze di chi intraprende indagini di storia del diritto e delle istituzioni. Insomma, una sorta di repertorio di consultazione e di supporto alle ricerche, nonché un punto di partenza per lavori specialistici (perciò la bibliografia, pur selettiva, dovrebbe essere particolarmente curata ed aggiornata).

Una prima conseguenza di queste premesse riguarda i contenuti, che non metteranno al centro gli interessi eruditi; piuttosto, i dati propri di ogni biografia dovranno essere abbastanza schematici — le minuzie andrebbero accantonate — e finalizzati alla comprensione delle dottrine, ai nessi che le collegano, alla individuazione del ruolo che il giurista biografato rivestì nelle istituzioni o nella storia delle fonti normative o della cultura giuridica. Per fare un esempio, la notizia sul testamento di Giovanni Battista De Luca (figura poliedrica per eccellenza: avvocato, cardinale, autore di successo ma anche contestato, magistrato impegnato nell'attività di riforma promossa da Innocenzo XI), recentemente venuto alla luce ma privo di interesse rispetto agli obiettivi prima indicati, non dovrebbe meritare di essere inserita nella relativa voce, ma naturalmente il compilatore dovrebbe esserne a conoscenza e curare di inserire nella bibliografia relativa l'opera che dà conto della scoperta del testamento. In sostanza da ogni scheda biografica dovrebbe emergere la risposta al perché quel giurista è stato annoverato nel repertorio.

Un'altra conseguenza concerne i criteri di selezione dei giuristi da inserire nel repertorio e l'arco temporale interessato. Come è ovvio, la figura del 'giurista' non è definibile secondo criteri rigidi e tanto meno dati una volta per tutte; converrà dunque adoperare una certa flessibilità, considerando anche personaggi 'di confine' e magari non muniti

⁽⁴⁶⁾ A. ASOR ROSA, *La trama biografica dei fenomeni letterari*, in *Letteratura italiana. Gli autori*, I, Torino, Einaudi, 1990.

di una formazione giuridica e tuttavia particolarmente significativi per il mondo del diritto ⁽⁴⁷⁾.

In concreto per la scelta si dovrebbe interrogare la storia, scomponendo e incrociando dati diversi. I nomi, cioè, dovrebbero essere cercati tra:

— gli autori impegnati nei vari generi letterari (glossa, commento, *quaestiones*, *decisiones*, *consilia*, *tractatus*, *praxis*, formulari, commentari esegetici...);

— gli scrittori distintisi nella elaborazione o nella trattazione di istituti particolari (esemplificando a caso: la dote, la tortura, le usure, la persona giuridica, la guerra, la pena di morte, la sovranità, l'assicurazione e così via);

— gli autori che hanno favorito l'introduzione in Italia (come traduttori o editori o curatori) di opere giuridiche o di correnti culturali;

— i maestri universitari (civilisti e canonisti e poi, via via che le discipline si sono rese autonome, feudisti, criminalisti, commercialisti, internazionalisti, amministrativisti, ecc.);

— i personaggi più in vista quali componenti delle principali magistrature e di organi degli ordinamenti (Senati, Rote, Cancellierato, Consigli e, poi, dopo l'Unità, Cassazioni, Consiglio di Stato, fino alla Corte Costituzionale);

— gli esponenti di spicco di categorie professionali quali i notai e gli avvocati;

— i promotori o gli artefici dei (o i protagonisti del dibattito legato ai) provvedimenti normativi di particolare rilevanza (atti degli antichi Parlamenti, statuti, diritto principesco, codici e costituzioni, raccolte di consuetudini).

I 'luoghi' dell'esperienza in cui cercare la presenza di giuristi si possono facilmente estendere, ma qui basta dare solo un'idea generale. Ed è appena il caso di notare che, se la complessità del reale moltiplica tali 'luoghi', la storia dell'esperienza giuridica può essere letta anche in senso ricompositivo e si tende infatti a riconoscere che lo statuto del giurista, in fondo e persino oggi, è abbastanza unitario. In concreto: in

(47) Si può far l'esempio di Antonio Genovesi, per il quale l'etichetta di "giurista" sembra senz'altro stravagante; salvo che la sua continua ricerca sugli elementi fondanti del vivere civile — ovvero il suo sistema di etica — ne fa uno dei più originali giusnaturalisti italiani del Settecento. E la sua lezione nonché i suoi libri (si allude, in particolare, al *De jure et officiis* e alla *Diceosina o sia della filosofia del giusto e dell'onesto*) furono meditati da tanti giuristi, a cominciare da tutti quelli operanti a Napoli. Non si nega, peraltro, che la selezione di autori impegnati in attività solo contigue a quelle strettamente giuridiche sia problematica, anche per il rischio di allargare oltre una misura realistica il numero di personaggi da biografare; si potrà comunque giocare sulla estensione della relativa voce (v. oltre nel testo, § 5).

parecchi casi la stessa figura di giurista appartiene a molti e differenti segmenti della realtà scomposta, ad esempio come titolare di una cattedra, autore di *consilia*, raccoglitore di *decisiones*, membro di un Grande Tribunale, ecc., sicché sarà relativamente semplice cogliere la sua importanza, inserirlo nel repertorio e infine rispondere al perché sia meritevole di biografia. Di certo, moltiplicare la scomposizione dei luoghi in cui cercare la presenza dei giuristi riduce in proporzione il margine di 'dimenticanze', perché consente di considerare personaggi che si sono distinti magari sotto un solo profilo (ad esempio come traduttori o curatori di edizioni di opere). La frammentazione suddetta presuppone poi l'incrocio dei dati e la valutazione comparativa che potrà portare anche a risultati dubbi e dunque a decisioni (di esclusione/inclusione) arbitrari. Ma se l'arbitrarietà delle opzioni è in certa misura inevitabile, il metodo che si è illustrato produce il vantaggio di prospettare una rosa di giuristi che sicuramente devono essere ricompresi nel repertorio: le biografie portanti, per così dire (vi si ritornerà più avanti). Per fare un esempio: nessuno può dubitare che un Giannone o un Mancini o un De Nicola (per considerare personaggi degli ultimi tre secoli) debbano necessariamente essere biografati, non tanto per la loro notorietà ma piuttosto per i molti segni della loro attività.

Quanto all'arco temporale da considerare, sembra opportuno far coincidere il termine iniziale con la nascita della scienza giuridica medievale (primi anni del XII secolo), mentre il termine finale dovrebbe essere dato dalla possibilità di storicizzare le opere e le dottrine esaminate (tutti i giuristi viventi dovrebbero dunque essere esclusi). In particolare, quanto al termine *ad quem*, il repertorio potrebbe arrivare a comprendere giuristi che in qualche modo siano stati protagonisti della stagione costituzionale del dopoguerra; più o meno, dunque, personaggi e opere maturi entro la fine del Novecento.

Sembra a questo punto opportuno porsi l'obiettivo concreto da raggiungere interrogandosi su quanti giuristi comprendere nel repertorio e quale estensione dare alle voci. Il discorso che precede ha già indicato implicitamente alcuni criteri guida. La raccolta non dovrebbe essere un 'magazzino' in cui accumulare e rendere accessibili notizie altrimenti sparse, bensì un'opera ragionata e, almeno relativamente, omogenea; del resto, il semplice senso pratico impone di non estendere senza limiti il numero degli autori. Tutto ciò conferma dunque il dovere della selezione. Appare conveniente attenersi in linea di massima ad una disposizione 'ad imbuto', corretta però in modo tale che le esigenze della contemporaneità non soffochino le presenze medievali. Vediamo.

A prima vista si raccomanda una impostazione che preveda una più accentuata selezione per l'età medievale e un progressivo allargamento per i secoli successivi. Tale ampliamento dovrebbe essere mag-

giormente evidente dagli inizi dell'Ottocento in poi, per due ordini di motivi:

— in considerazione dei destinatari dell'opera (che, lo si ripete, non sono solo gli specialisti di storia del diritto, ma anche i giuristi delle professioni e in genere il pubblico curioso e attento alle diverse dimensioni del vivere civile), presumibilmente più interessati ad avere notizie e riferimenti su personaggi, dottrine, materie vicini all'attualità e magari richiamati in testi relativi all'ordinamento vigente;

— in considerazione dell'articolarsi delle branche del diritto e del processo di affermazione delle specializzazioni disciplinari, che conoscono uno straordinario sviluppo nel corso del secolo XIX e che impongono di esaminare profili professionali, competenze ed elaborazioni in precedenza di scarsa importanza o comunque poco appariscenti. Si pensi ai cultori di discipline come quelle del diritto del lavoro, finanziario, amministrativo, o della medicina legale, che ebbero per ragioni storiche e culturali una fase di grande espansione nei primi decenni dello Stato unitario;

— in considerazione della maggiore abbondanza di documentazione e quindi di segni di 'presenza' che si hanno per i giuristi dell'età moderna e dell'età contemporanea.

La selezione ad imbuto, più o meno accentuata, è del resto fatta propria, come si è visto, da tutti i recenti repertori stranieri. Una considerazione, tuttavia, suggerisce attenzione e avvertenza critica: il repertorio è opera di storici che, sotto specie biografiche, raccolgono e interpretano memorie; e questo significa che la funzionalità all'uso odierno (avere notizie pronte e comodamente disponibili su giuristi di vasto interesse) è sì importante, ma non esclusiva (48). A suggerire la correzione della distribuzione ad imbuto interviene inoltre la considerazione che, in età medievale, l'Italia fu particolarmente ricca di giuristi di prima grandezza. Per rispondere all'esigenza di comprendere nel repertorio personaggi storicamente importanti ma su cui i documenti sono pochi o reperibili con molta difficoltà (opere solo manoscritte, ecc.), si potrà giocare sull'estensione delle schede, come si dirà di qui a poco.

(48) Si pensi, ad esempio, ai generi letterari adoperati dai giuristi, la cui conoscenza ovviamente non è affatto da considerare come curiosità erudita, bensì come terreno per cogliere le *formae mentis*, la metodologia, i contenuti dottrinali e anche la collocazione del giurista. Ecco, se si vuol mantenere fermo che attraverso il repertorio si possa intravedere, in controluce, anche la storia dei generi letterari, si dovrà governare l'inerzia che deriva da una distribuzione ad imbuto, inserendo necessariamente nella lista dei giuristi biografandi esponenti significativi di generi (il brocardo, la *quaestio*) che oggi potrebbero sembrare di scarso interesse pratico.

5. *Qualche dettaglio.*

Le considerazioni che precedono sono il succo di riflessioni svolte da un piccolo gruppo di amici, che si è posto il problema ed ha abbozzato una prima traccia di lavoro. Oltre a chi scrive queste note, si tratta di Ennio Cortese, di Antonello Mattone e di Marco Nicola Miletta.

In particolare, è sembrato che il progetto scientifico dovrà fare i conti, realisticamente, con i tempi di realizzazione: un programma troppo ambizioso appare destinato, quasi sicuramente, al fallimento.

Come base di discussione, assolutamente aperta e che verrà presto sottoposta insieme a queste note ai cultori delle nostre discipline per un auspicabile e necessario avvio di un lavoro corale (v. § 6), è stata elaborata una lista, del tutto provvisoria, di circa 1150 giuristi.

L'elenco è stato costruito individuando innanzi tutto:

a) un'ossatura portante che, attualmente formata da circa 250 biografie, comprende le personalità di spicco.

È stata poi aggiunta:

b) una folla 'di contorno' di giuristi meno rilevanti (o rilevanti in ambito limitato).

Vediamo in dettaglio.

a) All'interno delle 250 biografie portanti, si può pensare di procedere secondo una suddivisione tra i personaggi particolarmente degni di attenzione o per la vastità delle opere o per le cariche ricoperte o per la importanza delle dottrine (per un esempio che comprende giuristi di secoli diversi: Irnerio, Accursio, Bartolo, Giason del Maino, Alciato, De Luca, Beccaria, Carrara, Orlando) e i personaggi che, pure di prima fila, siano ritenuti (certo con qualche arbitrio) meno rilevanti. L'estensione di ogni singola voce dovrebbe rispecchiare tale suddivisione e dunque dovrebbe essere compresa in una misura preventivamente definita entro un limite massimo e minimo (a' o a''); questo permetterà di usare una certa elasticità, fermo restando che il limite massimo che verrà stabilito non dovrebbe essere superato (si tratta di un'opera collettiva che si proporrà eventualmente per un valore d'insieme).

Ogni voce biografica dovrà essere divisa in tre sezioni: 1. vita, collocazione istituzionale e professionale, principali dottrine e loro fortuna, eventuale ruolo svolto nella vita civile, nella legislazione o nell'interpretazione; 2. indicazione delle opere principali (con le date di edizione); 3. fonti e letteratura (senza pretese esaustive, ma criticamente selezionate e aggiornate). Le sezioni 2 e 3 dovrebbero essere sintetiche e occupare uno spazio ridotto.

Uno schema siffatto può far pensare ai vecchi canoni della biografia positivista, in cui vita e opere erano aspetti che in realtà non si saldavano tra di loro. I promotori del progetto sono consapevoli di tale

pericolo e perciò, mentre ritengono che quella struttura possa rispondere all'esigenza di un lavoro collettivo necessariamente bisognoso di griglie disciplinatrici, sottolineano che il risultato complessivo dovrebbe mirare a ricostruire le biografie intellettuali dei vari autori. La valenza interpretativa è dunque fondamentale, sicché è importante che da ogni voce si ricavino non solo i punti essenziali per i quali il giurista trattato si è distinto, ma anche gli aspetti creativi che ne caratterizzano il pensiero e l'opera⁽⁴⁹⁾. In sostanza occorrerà giustificare i motivi per cui ciascun biografato ha meritato di essere inserito nel repertorio con una posizione di spicco.

In linea di massima, proprio perché questi autori vengono considerati nel loro agire entro ordinamenti, istituzioni, Università, nonché all'interno della società civile, dovranno complessivamente essere trattati come protagonisti delle cose vissute poiché le biografie rappresentano una lettura individuale che deve guardarsi dalle forzature antistoriche; e tuttavia non dovrebbe perdersi la visione d'insieme entro cui collocare ciascuna personalità.

b) Accanto all'ossatura portante ci sarà la galleria di biografie, molto più sintetiche, di giuristi che funsero da tramite per la diffusione di dottrine ed elaborazioni, da riferimenti magari importanti ma in ambiti locali o comunque ristretti, da attori di una qualche rilevanza nelle istituzioni e nella vita sociale. In questa categoria dovrebbero comprendersi anche giuristi di cui si hanno scarse testimonianze o comunque assai poco trattati dalla storiografia, ma che per qualche aspetto appaiono significativi. Per tale categoria di giuristi dovrebbe valere la stessa triplice articolazione, prima indicata, di ciascuna scheda; ma ovviamente con più elasticità (per quanto riguarda le 'opere', in particolare, potranno essere indicati discorsi, allegazioni, ecc., mentre la sezione 'fonti e letteratura' potrebbe anche ridursi a una sola indicazione). Pure per questa categoria è ipotizzabile una

(49) A proposito della « diffidenza positivista verso lo scandalo della creatività », che suscitava « il bisogno irresistibile di imprigionare l'opera nelle regole del genere » biografico si rinvia a Giuseppe Ricuperati, autore di importanti biografie intellettuali e nel contempo capace di una visione critica su questo genere. Conviene usare le sue parole: « Quanto si vuole sottolineare qui è il carattere interpretativo della biografia intellettuale: non l'uomo e l'opera, ma il testo e il suo creatore attraverso il contesto. Il rapporto testo-autore cela in sé il problema della leggibilità del mondo da un punto di vista individuale. Nulla è semplice: né il dato del patrimonio culturale che viene sempre percorso per scarti e innovazioni; né la percezione e la misura del tempo da parte dell'individualità » (G. RICUPERATI, *La città terrena di Pietro Giannone. Un itinerario tra "crisi della coscienza europea" e illuminismo radicale*, Firenze, Olschki, 2001, pp. 172-173). Del medesimo autore v. anche *Biografia, individuo e mestiere dello storico*, in « Sigma », XVII, 1984, 1-2, pp. 24-34.

suddivisione segnalata dalla diversa estensione della voce: ad una misura b' si può affiancare una misura b'' , che andrà dalla notizia di poche righe all'estensione minima prevista per la categoria superiore.

Riassumendo, per quanto riguarda l'estensione sono previsti 4 calibri (a' , a'' , b' , b'') in scala decrescente⁽⁵⁰⁾.

Come detto, complessivamente i giuristi finora inseriti nella lista sono circa 1150, di cui:

per l'età medievale:	ca. 240
per l'età moderna:	ca. 400
per l'età contemporanea:	ca. 510.

Procedere attraverso i numeri è sempre noioso ed arido, tanto più che, come in questo discorso, la complicazione è acuita dalla presenza di categorie e da suddivisioni temporali. E tuttavia essi esprimono il problema di fondo di cercare un equilibrio accettabile tra il bisogno di selezione e la necessità di non fermarsi ai grandi giuristi e di aprire inoltre l'attenzione a contesti attigui (o non ben distinti) al diritto; tra l'esigenza di arrivare a un risultato snello e quella di proporre le biografie anche secondo un profilo critico; tra l'aspirazione a dar vita ad uno strumento semplice e quella di offrire un ausilio abbastanza esauriente (la completezza è, naturalmente, inattingibile) ad un pubblico variegato.

È appena il caso di aggiungere che va evitato il rischio di comprimere in una sfera nazionale le dottrine e la stessa collocazione culturale e professionale dei giuristi: l'isolamento determinerebbe un ana-

⁽⁵⁰⁾ Potrebbe essere utile confrontare i dati concernenti le estensioni delle schede dei repertori di cui qui si è fatta menzione, anche se è difficile darne conto poiché nessuno dichiara i calibri adottati o l'ampiezza massima o minima. In linea approssimativa e salvo errore, sembra di ricavare le seguenti cifre, relative al numero di caratteri (l'estensione minima è stata rilevata solo per i repertori "nazionali" perché contengono maggiore sproporzione tra le varie schede; quelli "universalì", invece, essendo per definizione rivolti a giuristi di prima grandezza, osservano al loro interno una maggiore omogeneità):

a) KLEINHEYER e SCHRÖDER, *Deutsche und europäische Juristen*: max. ca. 21.500-22.000 caratteri (Savigny, Wolff);

b) STOLLEIS, *Juristen*: max. ca. 12.000 (Savigny), ma è misura eccezionale; per gli altri "grandi" il max. è di ca. 7.500;

c) DOMINGO, *Juristas universales*: max. ca. 30.000-27.000 (rispett. Tocqueville e Sánchez Román), ma la maggior parte dei grandi giuristi si attesta attorno a 20.000;

d) BRAUNEDER, *Juristen in Österreich*: max. ca. 23.000 (Klein, compresa append.); min. ca. 3200 (Ulrich von Völkermarkt, compresa append.);

e) ARABEYRE, HALPÉRIN et KRYNEN, *Dictionnaire historique*: max. ca. 12.000; min. ca. 250;

f) PELÁEZ, *Diccionario crítico*: max. ca. 75.000 (Castán); min. ca. 900.

cronismo che sarebbe evidente per quanto riguarda l'esperienza dell'età medievale e, in misura appena più attenuata, dell'età moderna, ma che sarebbe anche presente per il cosiddetto periodo degli Stati nazionali, giacché neanche allora vennero meno i legami culturali e la diffusione di modelli e di temi comuni, nonché la circolazione di opere e persone in un ambito europeo o addirittura mondiale.

A tal fine il gruppo promotore di questa iniziativa ritiene che potrebbe essere utile aggiungere un'appendice, che contenga i profili dei principali giuristi stranieri citati nel corso dell'opera, con una trattazione svolta in forma estremamente stringata. L'appendice sarebbe rivolta esclusivamente al pubblico dei non-specialisti e mirerebbe a facilitare la percezione dei collegamenti tra l'attività dei giuristi italiani biografati, da un lato, e le istituzioni e la cultura in Europa, dall'altro; anche attraverso la disposizione grafica dovrebbe risultrarne evidente la funzione strumentale. E tuttavia i promotori propendono per accantonare almeno per ora questo profilo, sia perché logicamente successivo al principale compito illustrato, sia perché potenzialmente dispersivo nella fase iniziale del progetto.

Insomma, la scelta di dar vita a un repertorio comprendente unicamente giuristi italiani si spiega in funzione del superamento della lacuna di cui si è parlato in precedenza (§ 4): la mancanza di un repertorio biografico dedicato ai giuristi italiani. Poiché la lacuna è vasta, l'ambito nazionale individuato è solo una scelta pratica, che non implica l'idea di chiusura, né sottende uno spirito di sopravvalutazione della presenza dei giuristi italiani.

6. *La necessità di un lavoro collettivo.*

Il tempo dei solitari eruditi che nel gabinetto del loro studio compivano tenacemente la loro fatica è finito. È terminata anche l'età dell'erudizione, giacché i prodigiosi mezzi contemporanei rendono possibile comunicare e memorizzare dati che solo in piccola parte l'opera e la forza di un individuo possono padroneggiare: impensabile che pochi studiosi della storia giuridica possano dominare complessivamente l'età medievale, quella moderna e quella contemporanea, nel loro articolarsi entro le varie aree regionali e le varie discipline.

Insomma, come del resto dimostrano tutte le esperienze dei repertori su cui in precedenza si è ragionato, per portare a compimento il progetto che qui è stato illustrato c'è bisogno di tante competenze diverse.

Un'opera collettiva, dunque, che mobiliti energie intellettuali per un risultato che sembra importante da raggiungere. Non c'è dubbio che i contributi principali debbano venire dalla storia del diritto, ma appaiono indispensabili anche gli apporti dei giuristi positivi e dei cul-

tori di discipline affini. I modelli ci sono, il traguardo risulta obiettivamente meritevole, le idee dei promotori sono aperte. La proposta comunque è fatta. Speriamo di trovare molti collaboratori che vogliano rendersi corresponsabili di questa impresa.

ERNESTO DE CRISTOFARO

LA NOZIONE DI 'GOVERNO' NEI CORSI DI FOUCAULT (1)

Niente mi irrita di più che queste domande, metafisiche per definizione, sui fondamenti del potere in una società o sull'auto-istituzione della società. Non ci sono che relazioni reciproche e continui spostamenti tra esse.

M. FOUCAULT, *Spazio, sapere e potere* (1982)

Durante la seconda metà degli anni settanta, la riflessione sulla nozione di 'governo' si affaccia ripetutamente all'interno dei corsi tenuti da Foucault presso il *Collège de France*. In qualche caso nel modo più esplicito sin dall'intitolazione del corso oppure come centro di gravitazione tematica sotto differenti rubriche, in un *continuum* teorico che segna i confini di un'area di problemi compendati dall'espressione « governamentalità ».

La questione del 'governo' viene posta in relazione a due assi di riferimento: quello del singolo che riflette sulla trama di obbligazioni che lo legano alla comunità di cui fa parte ed elabora le possibili modalità di adesione o rifiuto implicate in questo rapporto e quello della trasformazione delle pratiche sociali e incessante dislocazione degli equilibri di potere che fanno sì che la pretesa, tradizionalmente connessa all'esercizio del potere pubblico, di dominare in modo totalizzante ed esclusivo l'intera mappa delle relazioni sociali, incontri nella modernità ostacoli e impedimenti progressivamente crescenti.

Comune alle due prospettive è il senso di aleatorietà e instabilità

(1) A proposito di M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-78)*, a cura di M. Sennelart, trad. it. di P. Napoli, Feltrinelli, Milano 2005; ID., *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-79)*, a cura di M. Sennelart, trad. it. di M. Bertani e V. Zini, Feltrinelli, Milano 2005; ID., *Le gouvernement de soi et des autres. Cours au Collège de France 1982-83*, a cura di F. Gros, Galimard-Seuil, Paris 2008.

di qualunque assetto regolativo, che induce a investigarne le origini e le condizioni di possibilità ma, altresì, la cause di crisi proprio in vista del fatto che se si è sempre governati si può, tuttavia, non esserlo entro le medesime coordinate e in virtù di un'unica razionalità soggiacente.

Nel corso del sedicesimo secolo, una simile interrogazione attraverso vari contesti e caratterizza un fascio assai ampio di pratiche che vanno dalla trattativa politica al ritorno dello stoicismo, dal governo delle anime alla pedagogia. La loro intersezione è, secondo Foucault che se ne occupa nel '77-'78 in un corso su *Sicurezza, territorio, popolazione*, leggibile sulla griglia di un unico problema: « come essere governati, da chi, fino a che punto, per quali scopi, con quali metodi » (2).

Sul versante della politologia, in particolare, si va operando una frattura tra un certo genere di letteratura che ha nel *Principe* di Machiavelli il suo testo fondativo e un insieme di riflessioni che cominciano a visualizzare l'arte di governo secondo un senso nuovo.

Il problema posto da Machiavelli poteva, infatti, sintetizzarsi nella scelta dei mezzi migliori e delle strategie più opportune a far sì che il principe conservasse il dominio sul proprio principato. Teorici come Guillaume de la Perrière o François La Mothe Le Vayer, invece, non partono da una considerazione dei rapporti tra principe e principato in termini di esteriorità ma asseriscono che l'arte di governo, per essere efficace, deve essere modellata su una direzione analoga a quella che il buon padre di famiglia tiene nel gestire gli affari domestici e, cioè, sulla massimizzazione di beni, ricchezze e qualità del territorio e dei governati come elemento irrinunciabile della prosperità e della sicurezza dello Stato.

« Nel diritto pubblico, dal medioevo al XVI secolo, — scrive Foucault — la sovranità non si esercita sulle cose ma su un territorio e, di conseguenza, sulla gente che lo abita [...]. I territori possono essere fertili o sterili, possono avere una popolazione densa o sparsa, le persone possono essere ricche o povere, attive o pigre ma tutti questi elementi sono solo delle variabili rispetto al territorio, che resta il fondamento stesso del principato o della sovranità » (3).

Tale trasformazione è collegata allo sviluppo della monarchia amministrativa per cui, se sino a quel momento l'orizzonte della sovranità poteva esaurirsi nel buon ordine civile e nella sottomissione alla legge, il funzionamento di apparati burocratici sempre più ramificati e complessi avrebbe dovuto essere sostenuto attraverso un'espansione dei saperi e delle conoscenze sulla popolazione e sul territorio. La « stati-

(2) FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., p. 71.

(3) Ivi, p. 77.

stica » nasce precisamente all'incrocio tra il perfezionarsi di un nuovo modello politico generale e la sistematizzazione teorica del prelievo di dati e informazioni che lo supporta e consolida.

Lo studio scientifico della popolazione mostra che essa possiede una serie di regolarità che chi governa non può trascurare: natalità, tasso di incidenza di determinate malattie, consumi alimentari, divisione del lavoro e distribuzione della ricchezza, comportamenti sessuali e mortalità.

Ma, principalmente lungo il sedicesimo e diciassettesimo secolo, non si assiste per Foucault alla scomparsa del modello di governo fondato sulla sovranità e sui dispositivi di sicurezza e alla sua sostituzione tramite la gestione « governamentale » dei processi produttivi e riproduttivi: « In realtà siamo di fronte a un triangolo: sovranità, disciplina e gestione di governo; obiettivo principale della gestione di governo è la popolazione e i suoi meccanismi essenziali sono i dispositivi di sicurezza » (4).

Le radici teoriche del modello « governamentale » sono molto risalenti. Esse vanno, secondo Foucault, rintracciate nella tradizione teologica ebraica e nel recupero ed istituzionalizzazione di taluni suoi elementi nella cultura cristiana. Il Dio ebraico viene, spesso, raffigurato come il pastore di un gregge, una figura errante che conduce una molteplicità in movimento avendo cura della sua conservazione e del suo bene. In questo quadro, il potere non si definisce per la sua forza e il suo splendore ma per la sua vocazione alla salute del popolo: « l'obiettivo essenziale del potere pastorale è la salvezza del gregge » (5).

Questo tipo di potere è oblativo in quanto tendente al servizio e alla dedizione al bene comune ed individualizzante in quanto fondato sulla conoscenza minuziosa dei tratti di coloro a cui si rivolge: « il pastore deve avere l'occhio su tutti e su ciascuno, *omnes et singulatum* » (6).

Diversamente che nella tradizione ebraica, la quale non ospita la replica di questa configurazione sul terreno sociale e politico, nel cristianesimo si sviluppa una vasta rete istituzionale che promuove una raffinata arte del condurre e dirigere la vita degli uomini. Questa *ratio pastoralis*, fondata sulla conoscenza analitica e sulla sorveglianza continuativa della condotta dei fedeli fa da sfondo all'emergere di una *ratio gubernatoria* in ambito secolare nel periodo successivo alla controriforma e segna il ridimensionamento del magistero tomistico in ambito politico-sociale.

Parallelamente, in quest'epoca, al sovrano vengono riconosciuti

(4) Ivi, p. 87.

(5) Ivi, p. 101.

(6) Ivi, p. 103.

compiti di « conduzione » e nella riflessione teorica si propone l'interrogazione sul « come condursi » a cui rispondono le *regulae ad directionem ingenii* o testi come le *Meditationes* cartesiane. Chi detiene il potere politico cerca la chiave del suo migliore esercizio, non tanto nell'adeguamento della propria azione ai modelli forniti dalla natura come avveniva nel Medioevo, ma nel reperimento delle conoscenze specifiche e locali adatte a situare le scelte nel contesto delle variabili sociali, geografiche ed economiche che pesano sulla vita del singolo Stato.

Il grande *continuum* teo-cosmologico dell'ordine che attraversa il creato da Dio al più piccolo nucleo familiare non basta più a fissare un modello normativo giacché i progressi della scienza di Copernico, Keplero e Galileo, mostrando come Dio regga il mondo attraverso leggi generali ed immutabili, rivelano che Dio non « governa ». Ciò che serve al monarca è, viceversa, il controllo dei fattori che dettano la prosperità del suo regno o possono decretarne la rovina. Per far questo, si sviluppa un apparato, la polizia, che presiede all'armonizzazione delle attività dei cittadini perché esse siano quanto più alacri e produttive possibile.

In passato era importante che gli uomini fossero virtuosi ed obbedienti, ora « obiettivo della polizia è il controllo e la presa in carico dell'attività degli uomini in quanto tale attività può costituire un elemento differenziale nello sviluppo delle forze dello Stato » (7). Pertanto, si tratterà di assicurare che il numero degli abitanti sia in un rapporto equilibrato con le risorse del territorio e che i processi di natalità, malattia, nutrizione e impiego della forza lavoro rispettino tale rapporto e lo mantengano stabile.

Tuttavia, nell'orizzonte della « governamentalità » si producono anche degli effetti che vanno verso la limitazione dello « Stato di polizia », di questa forma di esercizio del potere in cui ogni aspetto della vita collettiva e individuale pare dover essere pianificato per la massimizzazione del benessere e il conseguimento della felicità. Nel diciottesimo secolo, gli economisti elaborano delle critiche che, pur non discutendo il senso complessivo della « governamentalità » indicano nuovamente nella naturalità ed autoregolazione di un insieme di processi e meccanismi un limite all'azione politica, « all'artificialità della politica » (8).

I processi della produzione, la curva dei salari, i livelli demografici appaiono, sotto la lente dell'economia, dotati di una propria tendenza all'equilibrio, sicché il compito dello Stato sarà sempre meno quello di regolamentare e sempre più di limitarsi ad una funzione di gendarme

(7) Ivi, p. 234.

(8) Ivi, p. 254.

per prevenire ogni evento che possa dall'esterno turbare il pacifico articolarsi delle transazioni, dei consumi, della produzione e circolazione di ricchezza. Ciò significa che alla polizia non resterà che il contrasto all'illegalità e al disordine, da cui riceverà la direzione d'azione che ne compendia tuttora compiti e prerogative. Questo ambito di riflessioni occupa il corso del 1978-79, nominalmente consacrato alla *Nascita della biopolitica*, ma, in effetti, dedicato interamente a descrivere il modo in cui lo sviluppo della teoria economica ha storicamente costituito un principio di limitazione interna alla pratica « governamentale ».

« Questa ragione di governo critica, o critica interna della ragione di governo — scrive Foucault — non ruota più attorno alla questione del diritto, o a quella dell'usurpazione e della legittimità del sovrano [...]. L'intera questione della ragione di governo critica ruoterà attorno a come non governare troppo »⁽⁹⁾. L'economia politica, nata nel perimetro della ragione di Stato al fine di individuare i mezzi del suo arricchimento e potenziamento, segnala col suo perfezionarsi ed affinarsi l'esistenza di processi dotati di leggi interne e battezza una nuova idea di « naturalità » che si sostituisce al precedente diritto naturale come limite posto al sovrano. Non si tratterà, ad esempio, di stabilire se l'applicazione di un'imposta sia legittima o arbitraria, ma di valutarne gli effetti sul piano del vantaggio economico complessivo: « sarà il successo o il fallimento a costituire il criterio dell'azione di governo, non più la legittimità o l'illegittimità »⁽¹⁰⁾. In altri termini, si tratterà di prevenire il rischio che un governo governi troppo o estenda la propria azione su sfere e settori della vita pubblica la cui disciplina normativa possa rappresentare un investimento improduttivo o un inutile costo.

La cornice in cui si iscrive quest'indagine ha al centro lo Stato come punto di raccordo di un certo numero di pratiche, in precedenza lette da Foucault a partire dallo studio della malattia mentale, della medicina clinica, delle tecnologie operanti nel circuito penitenziario. La prospettiva è parlare dello Stato senza il supporto di una teoria generale, senza il riferimento a un regime discorsivo che postuli l'esistenza di una fisionomia essenziale ed universale ma, al contrario, osservando in esso « la sagoma mobile di [...] statalizzazioni incessanti, di transazioni continue che modificano, spostano, rovesciano oppure introducono insidiosamente le fonti di finanziamento, le modalità di investimento, i centri di decisione, le forme e le modalità di controllo [...] l'effetto mobile di un regime di governamentalità molteplici »⁽¹¹⁾.

(9) FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., p. 24.

(10) Ivi, p. 27-28.

(11) Ivi, p. 75.

Da questo punto di vista, la dottrina liberale offre un interessante esempio di formazione epistemologica che Foucault assume a paradigma per descrivere gli equilibri ed i punti di attrito tra politica ed economia, considerando il liberalismo tedesco del secondo dopoguerra e il liberalismo americano della scuola di Chicago. In entrambi i modelli si esprime una critica all'intervento dello Stato nell'economia fondata, non semplicemente sulla contestazione del medesimo in termini di resa o di perdite, ma più profondamente in termini di compressione delle libertà civili.

In Germania, gli economisti liberali puntavano i loro rilievi contro l'economia pianificata della ricostruzione post-bellica ma, al contempo, radicavano le proprie tesi sul rifiuto del massiccio interventismo che il governo nazionalsocialista aveva espresso in materia economica per tutta la sua durata. Nella loro riflessione, secondo Foucault, si può rinvenire un'attenta considerazione della convergenza tra ordine giuridico ed ordine economico.

Infatti, la vita economica si svolge su un piano le cui coordinate dipendono largamente da un'accorta legiferazione in materia di proprietà, contratti, brevetti, regime delle società commerciali, circuito bancario e monetario. Un sistema integrato in cui il giuridico informa l'economico in modo che « si dovrà parlare di un ordine economico giuridico »⁽¹²⁾. Si tratta, quindi, di stabilire quale modello di regolazione istituzionale assicuri le migliori modalità di armonizzazione tra la potenza pubblica e lo spazio delle istanze economiche con i suoi micro e macro-soggetti. Lo Stato di diritto nasce, così, tanto in opposizione al dispotismo che identifica volontà del sovrano e ingiunzioni pubbliche quanto allo Stato di polizia, in cui un *continuum* amministrativo assicura il prevalere delle ingiunzioni pubbliche attraverso la forma generale della legge e la gestione regolamentare di questioni transitorie e congiunturali. « Lo Stato è definito come uno Stato nel quale gli atti della potenza pubblica non potranno assumere valore se non saranno inquadrati entro leggi che li limitino in anticipo. La potenza pubblica agisce esclusivamente nel quadro della legge »⁽¹³⁾.

Lo Stato di diritto ha come obiettivo la formalizzazione delle regole del gioco economico e mostra di essere l'esatto rovescio di ogni idea di pianificazione in cui alla potenza pubblica, sulla base dei fini che essa predispone e dei calcoli ad essi strumentali, viene riconosciuto il ruolo di soggetto decisionale. Lo Stato deve astenersi da ogni ingerenza o intromissione e fissare semplicemente il quadro normativo all'interno del quale ogni agente economico possa agire come ritiene più conveniente, sapendo che tale quadro non verrà mai modificato in

(12) Ivi, p. 136.

(13) Ivi, p. 142.

corso d'opera in virtù dei risultati che si andranno producendo. Citando Polanyi, Foucault ricorda che finalità del sistema della legge è « sviluppare e rafforzare le regole in base alle quali opera il meccanismo competitivo della produzione e della distribuzione » (14). Compito del governo resta, dunque, quello di predisporre le condizioni per cui i meccanismi concorrenziali possano agire secondo le loro virtualità ed elaborare ciò che i teorici liberali tedeschi indicano come *Gesellschaftspolitik*, cioè una politica fondata sul primato della società e del mercato.

Nel liberalismo americano si può osservare un analogo e ancor più radicale tentativo di estendere gli schemi della razionalità economica fino a farne i criteri di misurazione e di validazione della totalità delle interazioni sociali. Le relazioni affettive e familiari non vengono risparmiate da una lettura condotta rigorosamente nei termini dei costi e dei benefici economici e l'azione pubblica si trova esposta a un'analisi che ne enfatizza scelte e ricadute secondo l'efficacia economica. In questo quadro, « il mercato smette di essere un principio di autolimitazione del governo per diventare un principio che si ritorce contro di esso. Diventa una sorta di tribunale economico permanente di fronte al governo » (15).

Alcuni strumenti teorici utilizzati all'interno del liberalismo americano attingono alla tradizione utilitarista settecentesca. Tra questi, la considerazione delle condotte devianti e delle risposte che esse sollecitano nel senso dei costi e delle opportunità di guadagno che le parti coinvolte, Stato e soggetti che infrangono le leggi, possono dover sopportare.

Analogamente a quanto avviene nei codici, che non danno una definizione sostanziale di delitto o criminalità limitandosi a dire che crimine è quanto viene punito dalla legge, i liberali americani assumono il comportamento deviante entro la griglia di intelligibilità economica trattandolo come qualunque comportamento per cui un individuo si espone al rischio di una perdita in vista di un possibile guadagno. Così, le reazioni che lo Stato dovrebbe attivare non andrebbero commisurate alla gravità della condotta ma si dovrebbero situare in una prospettiva ambientale « sul contesto del mercato in cui l'individuo fa la sua offerta di crimine e incontra una domanda positiva o negativa » (16).

Sullo sfondo di tali relazioni si profilerebbe, secondo Foucault, « il tema programma di una società [...] in cui dovrebbe essere lasciato campo libero ai processi di oscillazione [...] in cui dovrebbe essere

(14) Ivi, p. 147.

(15) Ivi, p. 202.

(16) Ivi, p. 214.

esercitata un'azione non sui giocatori ma sulle regole del gioco » (17). Naturalmente, questo implica un'attribuzione di proprietà ordinarie spontanee ai meccanismi del gioco economico e la necessità di una profonda regressione di ogni tattica di controllo e dispositivo securitario. Da questa prospettiva, è difficile non cogliere nella trattazione foucaultiana del liberalismo americano una sorta di anti-anatomopolitica ed anti-biopolitica, ossia il riferimento a un modello, per la verità investigato più nelle sue intenzioni teoriche che nei suoi risultati applicativi, che rappresenta l'esatto rovescio della « governamentalità » studiata nel corso del '77-'78 ma ancora di più del cosmo disciplinare, con le sue tecniche di assoggettamento agli imperativi del sistema produttivo (tramite lo sviluppo di abilità del corpo, remissività dello spirito e l'allocatione oculata del tempo) descritto in *Sorvegliare e punire*.

Contro le ingiunzioni del potere e gli ostacoli al libero incontro degli interessi individuali, i liberali tedeschi ed americani recuperano, in definitiva, un'icona della speculazione settecentesca: l'*homo oeconomicus*, ossia « colui il cui interesse giunge spontaneamente a convergere con l'interesse degli altri » (18). Nelle pagine di Blackstone, Hume, Smith si fa avanti, peraltro, un'irriducibilità del calcolo economico che sostiene i vincoli contrattuali alle rigidità della stipulazione. In altre parole, il movente economico si serve della forma giuridica perché essa stabilizza con un accettabile margine di rischio l'adesione delle parti all'impegno assunto. Ma, al tempo stesso, poiché il movente economico trascende l'impegno contrattuale, nulla vieta che esso sia disatteso ove tale ultima scelta risulti più conveniente. « Con il soggetto d'interesse — scrive Foucault — emerge una meccanica del tutto diversa dal soggetto di diritto, dato che si tratta di una meccanica egoista e immediatamente moltiplicatrice » (19). I soggetti economici pensano al proprio profitto e questo da sé produce incremento di benessere e ricchezza per la collettività, senza che alcun agente economico o politico possa, tuttavia, calcolarlo in anticipo. Il potere politico non può ostacolare il libero gioco degli individui e non può approfittare di un punto di osservazione privilegiato che giustifichi una qualsivoglia forma di controllo. « Tutti i ritorni, tutti i ricorsi del pensiero liberale e neoliberale nell'Europa del XIX e XX secolo, rappresentano — asserisce Foucault — ancora e sempre un certo modo di porre il problema dell'impossibilità dell'esistenza di un sovrano economico » (20).

Un percorso differente per liberare le relazioni intersoggettive

(17) *Ibidem*.

(18) Ivi, p. 220.

(19) Ivi, p. 225.

(20) Ivi, p. 233.

dalla presa del potere è quello fondato sull'esercizio critico del pensiero, descritto sul finire del settecento da Kant nel testo *Che cos'è l'illuminismo?*. Foucault vi ritorna in apertura del suo penultimo corso al *Collège de France*, tenuto nel 1982-83 e intitolato: *Il governo di sé e degli altri*. L'uso pubblico della ragione come premessa alla contestazione delle modalità con cui si è governati è, a sua volta, l'effetto di una presa di coscienza che spinge il singolo a formulare i suoi giudizi, operare le sue scelte e rifiutare ogni forma di passività o quietismo. *Sapere aude* è l'invito espresso da Kant, che addita un modello di esistenza ispirata alla curiosità, al coraggio di non delegare a nessuno il compito di pensare e, finalmente, a fare di questo atteggiamento di autonomia la base di una partecipazione politica libera, di una cittadinanza matura e consapevole.

Ma, ancora una volta, è possibile per Foucault rintracciare la radice di questa disposizione politico intellettuale all'interno di una pratica remota, ben nota alla classicità greca: la *parresia* o « parlar franco ». Il termine *parresia* (composto di *pan*/tutto e *rhema*/ciò che viene detto) appare all'interno di una tradizione testuale lunghissima a partire dal quinto secolo avanti Cristo, epoca in cui lo si ritrova con grande frequenza nei lavori di Euripide. È attraverso l'analisi di uno di questi, lo *Ione*, e delle *Lettere settima e ottava* di Platone che Foucault prova a indicarne il valore semantico e le implicazioni politiche secondo i differenti contesti d'uso.

Lo *Ione* è una tragedia in cui il motivo della ricerca delle proprie radici familiari da parte del personaggio principale (presente con molteplici varianti in tutta la drammaturgia del tempo) si intreccia a una riflessione sul ruolo del cittadino rispetto alla propria comunità. Composta tra il 418 e il 417 avanti Cristo, essa fa riferimento a un sistema di regole, introdotte alcuni decenni prima, che consentivano solo ai figli di madre e padre ateniese di essere a loro volta cittadini e godere delle prerogative a questi riconosciute, tra cui il diritto di prendere liberamente la parola e intervenire sulla conduzione della città. Dunque, il problema della *parresia* nello *Ione* si porrebbe su due livelli: la verità che va scoperta sul proprio passato attraverso il « parlar franco » di chi può svelarla e la verità di cui ciascuno a proprio rischio può essere capace nel gioco delle relazioni politiche che governano la città. Ancor più precisamente, essa evoca un dibattito concernente l'estensione della *parresia* a tutte le classi sociali o il suo restringimento a un'*élite* di ottimati. Se, infatti, ogni cittadino di Atene doveva godere di *isonomia*, ossia eguale trattamento di fronte alla legge, e di *isegoria*, ossia diritto di voto e di manifestazione della propria opinione, restava discusso se il limite esterno dell'esercizio di quest'ultima facoltà consistente nel parlare al popolo per persuaderlo, per sostenere la verità delle proprie tesi e sopraffare quelle dei rivali e, cioè, se l'uso di *parresia* con il rischio di essere ostracizzati o uccisi, dovesse spettare a tutti

sulla semplice base dell'appartenenza alla città. Idea per la quale, secondo Foucault, sembra propendere Euripide che costruisce attraverso lo *Ione* « il dramma greco sulla storia politica del dire il vero, sulla fondazione, leggendaria e vera insieme, del dire il vero nell'ordine della politica » (21).

Quel che va sottolineato nel racconto di Euripide, secondo Foucault, è che nessuno dei momenti di veridizione, affidati ai personaggi divini e umani della vicenda, tramite cui si compie la genealogia di Ione e si celebra il mito di fondazione della città di Atene, è indicato con il termine di *parresia*, espressione che viene invece usata con riferimento all'agire politico nella città: « la *parresia* è una pratica umana, è un diritto umano, è un rischio umano » (22). La *parresia*, rappresentata nello *Ione* come privilegio di un piccolo gruppo di cittadini dotati di potere al quale occorre appartenere per prendere le redini della città, è una facoltà squisitamente politica, diversamente da altre forme di *parresia* giudiziaria o morale la cui fisionomia apparirà altrove. Essa è funzionale alla guida della città ed espone, pertanto, allo scherno dei saggi, all'invidia dei deboli e alla rivalità dei forti. Proprio in quanto comporta ognuno di tali rischi non può essere confusa con la semplice *isegoria* come libero accesso alla parola, ma va interpretata come il mezzo per acquistare un ascendente sui membri della comunità: « l'*isegoria* definisce semplicemente il quadro costituzionale in cui la *parresia* giocherà come attività libera e conseguentemente coraggiosa di alcuni che avanzano, prendono la parola, tentano di persuadere, dirigono gli altri con tutti i rischi che questo comporta » (23).

Una problematica simile attraversa alcuni testi di Platone, in particolare le *Lettere settima* e *ottava*. Nella prima, Foucault richiama il passaggio in cui Platone, in apparente contraddizione col carattere nomotetico di sue opere come *La Repubblica* o *Le Leggi*, afferma di non confidare negli autori che mettono per iscritto e insegnano ai legislatori e ai politici la costituzione perfetta. Quanto vi è di profondo nella filosofia non si lascia costringere nella rappresentazione della città o delle leggi ideali e la filosofia non può limitarsi a costruire un discorso imperativo a cui gli uomini dovranno sottomettersi. Essa può, invece, sollecitare una riflessione su di sé, suscitare una pratica di conoscenza in cui il governo degli altri sia il frutto del governo di sé: « come articolazione del problema del governo di sé e del governo degli altri, la

(21) FOUCAULT, *Le gouvernement de soi et des autres*, cit., p. 100 (traduzione nostra).

(22) Ivi, p. 141.

(23) Ivi, p. 145.

filosofia formula ciò che è il suo *ergon*, il suo compito e la sua realtà » (24).

Da tale prospettiva, è agevole cogliere nel consiglio politico rivolto da Platone ai siracusani e rievocato nella *Lettera ottava*, una forma della *parresia* appena descritta, cioè una franca esortazione alla ragione e non un'ingiunzione categorica all'obbedienza. Esso mostra un insieme di caratteri convergenti: è un consiglio dato rispetto alla soluzione di problemi reali; ha, pur basandosi su principi generali, un carattere empirico e congiunturale e può non valere all'infuori della situazione a cui si riferisce e dei tratti che essa manifesta; infine, è un consiglio rivolto a tutti e a ciascuno come se da tutti insieme e da ciascuno singolarmente volesse ottenere l'assenso e la condotta ad esso conseguente sulla base di un convincimento personale e non di un'astratta cogenza. Nel suo porgere il consiglio ed esporsi alle falsificazioni, ai fallimenti e ai rischi che la realtà comporta, Platone utilizza la *parresia* e mostra che il discorso che egli offre « non è semplicemente *logos* [...] ma che effettivamente tocca l'*ergon*, ciò che veramente costituisce il reale » (25).

Nel progetto cartesiano (e, successivamente, kantiano) di fondazione in prima persona di ciò che si ritiene vero, progetto che declinato secondo modalità proprie alla fine della metafisica e all'indebolimento del positivismo scientifico appare in controluce in non pochi tratti del suo percorso, Foucault coglie la ripresa di motivi teorici ed atteggiamenti esistenziali nati con la *parresia*. Dopotutto, se il gioco economico limita le pratiche « governamentali » nella sfera esterna al soggetto, essa segna i confini interni della presa del potere ed estrae dai tentativi di assoggettamento che questo costantemente opera modalità nuove di soggettivazione: « se si vuole considerare che nel XVI secolo la filosofia si è mossa come critica delle pratiche pastorali [...] si può considerare — conclude Foucault — che è proprio come *parresia* che si è nuovamente affermata » (26).

(24) Ivi, p. 236.

(25) Ivi, p. 259.

(26) Ivi, p. 321.

JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA

LA SIERVA THEMIS EN EL SOLAR HISPANO (1)

« Además, hoy también tengo que corregir pruebas. ¡Qué operación odiosa! No sabes lo que me está perturbando. Recuerdo cuando yo tuve mi primer coche, hace ya años. Yo no entiendo nada de motor, y una vez se descompuso y hubo que desmontar[lo]. Yo quise ver la operación y fui al taller donde lo arreglaban. ¡Cuál no sería mi asombro cuando me dijeron que un montón informe de piezas metálicas, de tuercas, de tornillos, de planchas, era *mi* motor! No lo podía creer. Aunque te rías, te diré que me dio pena el ver así, hecha pedazos, una máquina que parecía tener en sí una fuerza misteriosa cuando no andaba estropeada. Además, me pasó una cosa y es que yo no creía posible que todos aquellos trozos de metal pudiesen volver a juntarse y funcionar. ¿Había manos humanas capaces de semejante milagro? Las hubo. Y a los tres o cuatro días, yo apreté el botón de la puesta en marcha y el motor arrancó en el acto. No se me olvidará la emoción que me produjo este sencillísimo hecho. Pues bien, bonita, ahora me encuentro con mi libro en un estado parecido a aquel motor desmontado. Esto de las pruebas es un modo de deshacer el libro, de despedazarlo cruelmente, casi mecánico. Y lo que se lee al corregirlas no es un libro, ni unas poesías, sino unos textos que es menester mirar sin intervención alguna del espíritu, sólo con los ojos. El leer se convierte en un acto puramente material, bárbaramente mecánico, que no tiene más objeto que la *caza de la errata*. El alma queda totalmente inhibida y ausente, a mil leguas. (Por eso se explica que el hombre que mejor corrige pruebas en el Centro es Serís, el más bruto y sin alma de toda la casa). De modo que mi libro no es un libro, paradójicamente son unas hojas de papel donde leo palabras semejantes a otras que yo escribí. ¿Será posible que retorne a su ser de libro? ¿Volverá a funcionar el *motor*? Eso me pregunto, viendo las hojillas que, por ahora, repre-

(1) A propósito de M. LORENTE SARIÑENA (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, vol. VI (2006) de los Cuadernos de Derecho Judicial del Centro de Documentación Judicial y Escuela Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, 460 páginas.

sentan la futura unidad de la poesía ». (Pedro Salinas, *Epistolario*. Carta a Katherine Whitmore. Madrid, 7-VI-1936) ⁽²⁾.

De este libro, que se identifica en la cita bibliográfica de rigor, y en cabecera, con el que el lector cuenta, que lo es, ha de anticiparse, en buena y para buena cuenta, si a él decidió ya acudir, o lo ha de hacer en el futuro para su lectura reposada — que es lo más recomendable —, o sólo para su ágil consulta — que debe ser, en indeseable defecto de aquélla, igualmente aconsejada —, pueden predicarse variados frutos de críticos saberes. En primicia, para quienes aún no lo cono-

⁽²⁾ P. SALINAS, *Obras Completas*, edición a cargo de Enric Bou, 3 tomos, Madrid, Cátedra, Bibliotheca Aurea, 2007, t. III. *Epistolario*, ed., introducción y notas de E. Bou y Andrés Soria Olmedo, pp. 504-505, en las que se transcribe esa carta, manuscrita, remitida a K. Whitmore, datada, en Madrid, el 7 de junio de 1936. Las pruebas de imprenta, y su aludida corrección, correspondían a *Razón de amor*, publicado, ese mismo mes de junio de 1936, por la madrileña Editorial Cruz y Raya, de José Bergamín. Fue, con su primer libro de poemas, *La voz a ti debida*, de 1933, su obra maestra, la del gran poeta del amor, que es, en él, fuerza prodigiosa que dota de plenitud a la vida y de sentido al mundo, aunque fuese ya sólo victoria provisional, pero hermosa, sobre el tiempo y la soledad: « Vivir, desde el principio, es separarse./ Amor es el retraso milagroso/ de su término mismo;/ es prolongar el hecho mágico/ de que uno y uno sean dos, en contra/ de la primer condena de la vida ». No ya en ciernes, sino tonantemente declarada la Guerra Civil española, pocas semanas después, Pedro Salinas (Madrid, 1891-Boston, 1951), secretario general de la Universidad Internacional de Verano en Santander desde su fundación, por un Decreto de 23-VIII-1932, despachado por el entonces ministro de Instrucción Pública de la Segunda República, Fernando de los Ríos, hubo de huir de la capital santanderina el 31-VIII-1936, a bordo de un buque de guerra estadounidense, el *Cayuga*, del que desembarcó en San Juan de Luz, zarpando del también puerto francés de El Havre el 4-IX-1936, para fondear, una semana después, en el de Nueva York, mientras que su esposa, Margarita Bonmatí, y sus hijos, partían para Argel. En el *Wellesley College*, cerca de Boston, Massachusetts, ocupó Pedro Salinas la Cátedra MARY WHITHIN CALKINS, y en el exilio habría de morir, profesando, luego, en el Departamento de Lenguas Románicas de la *John Hopkins University* de Baltimore, en el Estado de Maryland, el 4-XII-1951, siendo enterrado, en Puerto Rico, junto al mar y al pie de las murallas, en el antiguo cementerio de Santa Magdalena, el 9-XII-1951. Katherine Prue Reding (Kansas, 1897-Pasadena, California, 1984), que se casaría, en 1939, con otro profesor, de Derecho Constitucional en su caso, llamado Brewer Whitmore, de su *Smith College* de Northampton, en Massachusetts, a cuyo Departamento de Lengua Española ella estaba adscrita, había conocido a Salinas, en Madrid, en el verano de 1932, siendo amantes desde entonces. El denostado Serís era el bibliógrafo Homero Serís (1879-1969), quien, tras coincidir con Salinas en el Centro de Estudios Históricos del Madrid de preguerra, también se exiliaría en Estados Unidos, llegando a ser profesor de Literatura Española y director del Centro de Estudios Hispánicos de la *Syracuse University*, en el Estado de Nueva York.

can, y de sus primicias, dos especifican su género característico: un título que es una *tesis* en desarrollo, un *manual* que resulta ser la exposición conjunta de decantadas investigaciones confluyentes, muchas de las cuales gozan ya de acreditada, y añeja, solera. De la segunda, luego me ocuparé. Con la primera, el lector accede al sugerente *enjuiciamiento* censor de la historiografía tradicional y todavía predominante, entre juristas sobre todo, con constitucionalistas y administrativistas al frente, e historiadores en general, y también entre historiadores juristas, sobre el constitucionalismo español, decimonónico y, abusando del neologismo, vigésimo-nónico. Desfilan por esta *Justicia de Jueces*, y, más diacrónica que sincrónica, *de Leyes, Poderes y derechos, Administraciones y ciudadanos, Derecho legislado y judicializado*. Con mayor precisión, *Poderes sobre derechos*, o directamente, *derechos sometidos a diversos Poderes*, jurisdiccionales en tanto que políticos, económicos, sociales y de otras interesadas índoles; *Administraciones*, igualmente mayúsculas en tanto que burocracias de sumisión y para la sumisión de los administrados, sobre ciudadanos, por encima de ellos y de sus legítimos derechos individuales; *Leyes sobre jueces*, no en tanto que creados éstos, predeterminados y sujetos a aquéllas, sino como magistraturas profesionalizadas que postergan a una justicia ciudadana; y, en fin, un *Derecho legislado* que inexorablemente se impone, de arriba a abajo, a la justicia soberanamente popular, que emerge de abajo a arriba, de sus derechos subjetivos al *Derecho apoderadamente objetivo* de otros. En definitiva, variaciones, permutaciones y combinaciones históricas en el constitucionalismo español, encarnado articularmente en sus diferentes, pero unitariamente coherentes, aun con gradaciones dispares en algunas de ellas, *Constituciones*, desde la fundante de 1812 a la vigente de 1978. Variaciones, en sus elementos normativos e interpretativos, o en el orden de los mismos; permutaciones, con todas sus posibles ordenaciones de tales elementos, jurídicamente finitos; y combinaciones, a las que no empecen que difiera, al menos, alguno de dichos elementos constituidos. Una *matemática constitucional* en la que, histórica, pero también historiográficamente, los verdaderos *elementos* perdedores, por descartados e inauditos, postergados o preteridos, han sido casi siempre los ciudadanos, y sus derechos de hombres, y de aquéllos tales.

Este libro cuenta, y mucho, con una coordinación, que asimismo se nota mucho, afortunadamente para sus lectores, como se verá: la de Marta Lorente Sariñena, Catedrática de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad Autónoma de Madrid. Su labor de coordinadora se muestra modesta, formal y sustantivamente. Por las formas, no aparece su nombre indicado en la cubierta, demorándose su signación a la portada, en mínima letra nominal a la que aplastan las imponentes, y preferentes, del título. Se intuye que a la coordinadora le ha interesado, más que dejar constancia de autoría general o de

elaboración propia, magnificar pedagógicamente ese título, que, como se ha apuntado, y resulta fácilmente colegible, constituye una tesis, de partida, para incitar al público lector a adentrarse por sus páginas, y de conclusión, o aportación, para quienes logren arribar a nuevos, renovados, criterios personales, una vez concluida la singladura, que ha recalado por variados capítulos y territorios historiográficos. Materialmente, la coordinación de Marta Lorente se manifiesta, de forma expresa, en cuatro páginas (13-16), de prudente *Presentación*, que advierten con honestidad, dada la sede editora, el Consejo General del Poder Judicial, acerca del propósito de sus autores y del contenido de la obra. No es Historia convencional, de jueces y para jueces, de leyes y en leyes, la que se quiere, ni va a proporcionar. Si así fuese, otros hubieran sido sus títulos, más cómodos, y acomodaticios, más tradicionales por secularmente reiterados: unos *Antecedentes históricos de la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial de 1870*, o nada menos, y bases suficientes, por sintéticas, hay para ello, que una *Historia de la Justicia en España (c. 1200-1870)*. La aclaración no sólo resulta pertinente, sino también obligada, máxime cuando lo escrito proviene de un Curso oral, impartido por sus autores en el Consejo General del Poder Judicial, y sede de la Escuela Judicial, y figura incluido en uno de los números, el VI de 2006, de los *Cuadernos de Derecho Judicial*, con presencia administrativa de un llamado Centro de Documentación Judicial. Se supone un público de jueces y magistrados, de jurisconsultos y de juristas de Derecho positivo, de abogados y prácticos del foro, como el mayoritariamente asistente a dicho Curso. De ahí que con venga apreciar unas intervenciones nada complacientes con su especializado, y profesionalizado, incluso corporativamente, auditorio. Porque sorprendente hubo de resultarles, en su mayor parte, si es que no en su totalidad, la valoración de los argumentos y de sus mismos oyentes: por ejemplo, desde su inicio, el establecimiento de una dicotomía entre hombres y normas, jueces y leyes, en el ámbito de la administración de la justicia. Identificada ésta con el estricto cumplimiento de la ley, y la legitimación del juez con su estricta aplicación, transformada en una profesión burocratizada — en ambos sentidos, meliorativo y peyorativo, del término —, escuchar que ello constituye, simplemente, pero, nada menos, y nada más, que un anacronismo, que un *presentismo* o retroproyección de concepciones jurídico-políticas por vía de justificación historicista, necesariamente ha de resultar, al menos, en un primer momento, altamente perturbador. O, deontológicamente debería serlo, sin tener siquiera que apelar a la consabida, y exigible, responsabilidad personal y profesional. Sobre todo, si se tiene presente que la totalizadora y monopolística justicia actual, de leyes, es una *joven*, todavía con sus emblemas característicos (la espada del poder, la balanza de la imparcialidad, la venda en los ojos como simbólico signo,

en la mejor de las interpretaciones, de la ausencia de prejuicios)⁽³⁾, de apenas doscientos años de edad, mientras que su precedente, y, en cierta medida, progenitora, la justicia de jueces, centrada en la persona del magistrado y no en la aplicación de la ley, ha sido una *vieja* — historia — que remontaría su origen multisecular, semimilenario, al menos a los pródromos jurisdiccionalistas de la Baja Edad Media, hispana y europea. Porque la justicia, de hombres y para hombres, entre seres humanos, de todos y a todos, no ha sido, conceptual, organizativa, funcional, normativa, jurisdiccionalmente, algo intemporal, natural, eterno, sino histórico, temporalmente mudable.

Una mutabilidad histórica que, como pone de relieve Bartolomé Clavero, Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla, en la colaboración que sirve de colofón, la del undécimo y último capítulo, sobre la *Justicia en España entre Historia y Constitución, Historias y Constituciones* (pp. 397-428), adoptó significativas, peculiares, e identitarias, características en el caso del constitucionalismo español. Y ello porque la fundación de la justicia de época constitucional en España se retrasó hasta el año 1870, nada menos, no llegando a operar ni en el Estatuto de Bayona de 1808, ni con la Constitución de Cádiz en 1812, ni con las ulteriores Constituciones de 1837 y 1845. En cambio, sí participó España del común modelo constitucional de justicia, el napoleónico, que se expandió por el resto de Europa, y que se había mostrado incapaz de juzgar a los poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, coadyuvado por el movimiento codificador, con el que quedó definitivamente cancelada, *i.e.*, anulada, la posibilidad de una justicia directamente ciudadana, constitucionalizada por la Francia revolucionaria en 1791: que lo había sido de elecciones periódicas para ciudadanos, entre ciudadanos y de ciudadanos, sin burocratizados escalafones profesionales, de tribunales colegiados no jerarquizados y dotados de facultades revisoras, junto con la figura institucionalizada del jurado como garantía adicional para la apreciación de los hechos en los juicios penales, con arbitrajes opcionales y conciliaciones obligatorias en materias no criminales. En la Constitución francesa de 1791, la justicia afloraba como un poder electivo, aunque no representativo; desde la napoleónica, de 1799, la justicia, marchita, pasó a ser una función del Estado, copiada y heredada por las Constituciones españolas y europeas postnapoleónicas: es decir, la expresión de un constitucionalismo de sostenidos poderes emergidos y reactualizados frente al breve interludio revolucionario de derechos ya sumergidos y desactualizados; o también, con una fórmula más breve y concisa, de la primacía indispu-

(3) James HALL, *Diccionario de temas y símbolos artísticos*, 2 tomos, traducción de Jesús Fernández Zulaica, Madrid, Alianza, reedición de 2003 (1ª. ed. en inglés, 1974; 1ª. en castellano, 1987), t. I, pp. 55-56.

tada de la ley y el gobierno sobre la justicia. Los instrumentos de este modelo constitucional de justicia, de conformación napoleónica y predominio europeo, fueron varios, como se verá en su lugar oportuno, correspondiendo aquí sólo su preliminar e indicativa mención: el abandono de las elecciones judiciales, sustituidas por la práctica de la cooptación y el requisito de la experiencia como mérito para el acceso a la función judicial, transformada en una carrera burocrática y profesional; la Universidad napoleónica, en tanto que institución del Estado concentrada en la enseñanza de sus leyes y códigos; la promulgación de estos mismos códigos, que preservaron a los poderes de la posibilidad de ser juzgados, amputando la función de la justicia, cuyo único muñón fue el de la aplicación de la ley, para la que los derechos de los ciudadanos eran sus resultados, y no al contrario; la inexistencia de una codificación en la Administración, puesto que no había justicia administrativa en manos de los jueces; o la falta de consideración misma del Judicial como un Poder, sustituido por un Tribunal Supremo de jurisdicción concentrada.

El examen que Clavero efectúa, con la tensa, vigorosa, ambiciosa, y pretendidamente omnicomprensiva, capacidad de síntesis que le caracteriza, de lo que denomina constitucionalismos *concretos* (el federal de los Estados Unidos de 1787, con sus posteriores enmiendas constitucionales; el centralista de la Francia Revolucionaria, desde la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 1789, hasta la Constitución de 1791, y su versión posterior, desnaturalizada y napoleónica desde 1799; y las españolas de 1812 y, sobre todo, de 1869), que prefiere a los deformadores, por ahistóricos, pensamiento y doctrina constitucionalistas, o, en general, jurídicas, y a la misma filosofía del derecho, desemboca, como no puede ser de otro modo, dada su radical perspectiva histórica, en la Constitución española vigente, y, por tanto, también coetáneamente histórica, de 1978. Y aquí, sus personales conclusiones no pueden dejar de ser adjetivadas de estrictamente valientes, amén de consecuentes. Lo primero, porque fueron pronunciadas — se nos dice —, ante el auditorio ya referido, e imaginable, que acostumbra a acudir a los cursos, conferencias y coloquios de la institución organizadora y editora: « Mi reflexión de cierre, si no supiera que es polémica, vino a demostrármelo el interesante debate planteado por quienes asistieron al curso del Consejo General del Poder Judicial del que estas páginas proceden. Es lástima que no tuviéramos la diligencia de grabarlo, pues enriquecería este libro » (p. 428). Lo segundo se extrae de la expresión de sus mismas resultados: en la Constitución de 1978, siguen sin estar debidamente ajustadas, a su entender, la justicia de derechos y la justicia de poderes, al continuar mostrándose la justicia de leyes insumisa ante el constitucionalismo de derechos; la justicia ordinaria permanece sin ser constitucional, pese a que se halle prevista una justicia constitucional, y que un Derecho

constitucional procesal presida a la justicia en el desarrollo normativo, y preceptuado, de dicho texto fundamental; como poder, la Justicia aparece en un tercer y postrero lugar, lo que no encaja con su función primordial de garantía; se incide, una vez más, en un modelo profesional de la justicia, expresado en la autonomía orgánica de un Consejo General del Poder Judicial que recoge competencias del Gobierno a través de su Ministerio de Justicia, del Consejo de Estado, del propio Tribunal Supremo, más algunas otras nuevas y adicionales; a pesar de lo cual, y de la presupuesta, constitucionalmente, independencia judicial, se mantiene, sin previsión, a su vez, constitucional, que lo sustente, un Ministerio de Justicia en la Administración Central, y sus diecisiete réplicas, o Consejerías de Justicia, en los diferentes Gobiernos de las Comunidades Autónomas; y también se elude el encaje del Tribunal Constitucional, que no es constituido para el ámbito de la justicia ordinaria, con un Tribunal Supremo que resulta fortalecido como cúspide jerárquica del orden propiamente judicial. Tales deficiencias, contradicciones y carencias no pueden imputarse, en la mayor parte de los supuestos, a simples cuestiones de técnica jurídica y constitucional, sino que deben ser reputadas como de necesaria naturaleza histórica, como hace certeramente Clavero, reclamando, con indisputable lógica, ajena a no siempre atendibles, pero tampoco sistemáticamente desdeñables, criterios de oportunidad o conveniencia política, su reforma constitucional, o mejor todavía, su reconstituyente enmienda. A su juicio, en el momento — sólo, y por fin — constituyente de 1978, no fueron tenidos presentes los problemas constitutivamente históricos, de largo y hondo alcance, de la justicia española, que procedían de la *provisional* Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), de 1870, y de sus inmediatas desnaturalizaciones, que habría de estar vigente nada menos que hasta el año 1985, sino que sólo se quiso atender, prioritaria cuando no exclusivamente, a los problemas sobrevenidos a la justicia, de degradación constitucional, durante el régimen dictatorial de Franco. Sólo una visión idealizada de dicha LOPJ explicaría que se siguiese apostando por una justicia preponderantemente profesionalizada, con el consiguiente arrinconamiento de la justicia ciudadana, manifiesta a través de la institución del jurado.

En su mentada *Presentación*, Marta Lorente lo hace de sus admirablemente coordinados colaboradores como de colegas que forman parte de un *equipo de investigación*, dedicado a debatir sobre temas y opciones historiográficas más o menos comunes, en reflexión compartida sobre una serie de presupuestos historiográficos comunes, que, desde luego, no se cuestionan en ningún momento. Es una interpretación, una *particular* Historia de la Justicia — así querida, y pretendida —, que parte de dichos presupuestos para construir una exposición de conjunto, que se basamenta en ese coadunado argumento *compartido*, que se va desgranando con imparables lógicas analíticas, casi siem-

pre exhaustiva, perfeccionista y complacidamente totalizadora del *topos* traído a examen. Hecha la salvedad, en este último caso, del aparato crítico, que podría hacer inmanejable su volumen, de haberse querido consignar con todo detalle; amén de que las aportaciones se presentan en forma de síntesis, resultantes de previas investigaciones que se declaran buscadamente ajustadas a la conformación de ese devoto y ensalzado argumento compartido. Una implacable exhaustividad de análisis que no dejará de resultar gozosa, por otra parte, al margen de íntimas aceptaciones o no, para cualquier exigente lector de la obra. Que habrá de lamentar, no obstante, en no pocos casos, el que se haya perseguido rechazar el « modelo de acumulación inespecífica, de trabajos de especialistas en torno a un tema tan genérico como puede llegar a ser la Historia de la Justicia » (pp. 15-16). Acumulación *inespecífica* que, necesariamente, ¿ha de resultar nociva, esto es, en términos de conocimiento histórico, falsa, errónea? Y, ¿por qué se habla de esa despectiva *acumulación*, o es que lo específico, etimológicamente distintivo, se añade dulcemente, y no se acopia ásperamente? De la pureza argumentativa, meritoria y aun exigible en términos de rigor matemático, *a priori* no se infiere, deductivamente, el acierto y la *verdad* históricos. Menos aún de presuntas ortodoxias historiográficas, cualquiera que sean sus tendencias, orientaciones, supuestos o presupuestos. De ahí que pudiera echar de menos, el lector, especializado o no, algunas libertarias e inespecíficas, por *heteróclitas*, aportaciones de argumento no tan unitaria, uniforme, ortodoxa y fielmente compartido, que, por lo etimológicamente *irregular, extraño y fuera de orden*, como *paradigma que se aparta de lo regular*, viniera a servir de punto de comparación, quizá hasta de mestizamente complementario, de seguro favorable para la autoría mayoritaria. Por eso, más acertado que subrayar la plenamente conseguida, y siempre excluyente a la par que difícil, homogeneidad de autor en obra colectiva, creo que es incidir en el hecho patente, y anunciado, de que se trata de un libro *de tesis*. Ello entendido en la mejor y más noble de sus acepciones, la universitaria y científica, históricas, en tanto que conocimiento, elaborado críticamente, de una proposición fundamental que se sustenta en observaciones y razonamientos ordenados y coordinados, sistemáticamente estructurados, de los que se deducen principios generales y consecuentes particulares. El motor del libro, puesto que de tal se trata, con sus once capítulos de armónico ensamblaje, de firma individual pero en predispuesta representación colegiada, y no de una adventicia colectánea de artículos de ocasión, más o menos brillantemente ejecutados, es, por tanto, dicha tesis: la que groseramente, por mor de la preceptiva sinopsis informativa que ha de animar a todo censor, podría dar lugar a un titular periodístico como el de *Derrota histórica de los derechos constitucionales de los ciudadanos ante los legales poderes gubernativos y administrativos*. Un motor cuyas piezas, constitutivas, los auto-

res han desmontado en su común taller de historiadores, en pos de esa fuerza misteriosa que también incitaba, e intrigaba, al poeta, y catedrático de Literatura Española, Pedro Salinas, muy pronto caído en la individual infracategoría humana, uno más en la historia, de ciudadano exiliado, de abatidos derechos constitucionales, los de 1931. Como ocurrió con su coche, el motor de la interpretación histórica de esta *Escuela de Argumento Compartido* también arranca, y se pone en marcha, imparable, para el lector que a él se suma, y sigue. En cambio, a diferencia de lo que Salinas temía en las pruebas de su libro, despedazado y deshecho mecánicamente, el que ahora nos ocupa procede inversamente: cada pieza funciona por sí; ensamblada, contribuye, sin exigencia de encaje especial, a esa deseable *armonía* intelectual *de los cuerpos celestes*. Las partes, dichos capítulos, concebidos por insemnación interpretativa de la tesis previa, inductivamente elaborada a lo largo de investigaciones precedentes, poseen vida propia, y de ella insuflan al conjunto unitario. No se interpone la duda, pues, de que el todo pueda no funcionar: sus parcialidades constitutivas laten con propio vigor. La *caza de la errata*, en fin, ni puramente material, ni bárbaramente mecánica, constata que no hay fallos de sutura en la bien labrada costura hermenéutica. No en vano, la poesía, como la historia, son, literaria, y literalmente, *artefactos*, facturas del arte de los hombres, de la palabra o de su vida, individual y social.

I. *Sobre la posibilidad de un Manual de la calificada como Historia crítica del Derecho, al menos de su cesura o discontinuidad temporalmente contemporánea.*

« Muchos autores mantienen una negativa, no sólo necia sino deshonesta, a reconocer las fuentes de donde obtienen su valiosa información. Nosotros no tenemos tales sentimientos. Simplemente, tratamos de desempeñar, en forma correcta, los deberes responsables de nuestras funciones editoriales; y cualquiera que fuese la ambición que en otras circunstancias habríamos sentido, de pretender ser los autores de estas aventuras, el respeto a la verdad nos prohíbe hacer nada más que arrogarnos el mérito de su arreglo juicioso y su relato imparcial ».

(Charles Dickens, *Los papeles póstumos del Club Pickwick*) (4).

De Justicia de Jueces a Justicia de Leyes es obra, por tanto, de un

(4) Ch. DICKENS, *Los papeles póstumos del Club Pickwick*, traducción de José María Valverde, Barcelona, DeBolsillo, reedición de 2006 (1ª. ed. en inglés, Londres, Chapman and Hall, 1836), cap. IV. *Un día de maniobras y de vivac. Otros nuevos amigos. Una invitación al campo*, pp. 79-93; la cita, en la p. 79.

cohesionado grupo de autores inconformistas con la tradición historio-gráfica, en general, e iushistoriográfica, en particular, española. Común a todos ellos es dicho inconformismo, en mayor o menor grado de acreditación, biográfica y bibliográfica. Su corriente de pensamiento y praxis histórico-jurídica, que pretenden y proponen como renovadora de la tradicional, ha sido inteligentemente bautizada por Marta Lorente, más allá del genérico y tópico apelativo de Historia del Derecho crítica, como una *Historia* preocupada por las *discontinuidades de las experiencias jurídicas occidentales*, se supone que europeas y americanas⁽⁵⁾. Algunas de sus reflexiones, al respecto, figuran, recogidas *ad verbum*, en la cita facticia que encabeza el epígrafe siguiente. Sin embargo, merecen que nos detengamos, aquí y ahora, en ellas, para acceder a la suerte de su clave de comprensión del libro que nos ocupa. Precisamente, reparar en los *cortes*, *cesuras* o *discontinuidades*, y no en los elementos evolutivos de la tradición jurídica occidental, desde el Derecho romano — en verdad, los Derechos romanos históricos, no su construcción dogmática —, serviría para identificar, desde un principio, a esa Historia jurídica perseguidamente crítica, que cuenta con reputados, y activamente prolíficos, impulsores en Europa: Paolo Grossi, Bartolomé Clavero, António Manuel Hespanha, Pietro Costa... Se trataría de identificar los rasgos básicos de los órdenes jurídicos ajenos al actual, desmontando presunciones y anacrónicas proyecciones coetáneas en el pasado investigado, desembarazándose de interpretaciones formalistas, respetando la originalidad de los hechos históricos pretéritos, reconstruyendo dichos órdenes jurídicos — con inclusión de sus hechos económicos y sociales, amén de políticos —, por muy extraños y alejados que resulten del presente, y comprendiendo, a la postre, de este modo, las bases y la evolución propias del orden jurídico contemporáneo. Lo que sería el resultado, o mejor dicho, síntoma y causa, a la vez, de ese imparable proceso de dispersión de los llamados *discursos* (doctrinas o reflexiones metodológicas), en el campo de la Historia, al que se ha visto abocado el historiador, durante las últimas décadas del siglo XX, y que ha llevado a afirmar, incluso, que se está ante una verdadera *Historia en migajas*⁽⁶⁾.

Siendo lo que se denomina como *paradigma* clásico, por estatalista, de la Historiografía jurídica, la evolución y formación del Estado nacional, y de su condigno Derecho, también preferentemente nacional,

(5) M. LORENTE SARIÑENA, *Pensamiento único* e Historia del Derecho: dificultades y obstáculos en la *globalización* iushistórica, en *Initium. Revista Catalana d'Història del Dret*, Barcelona, 5 (2000), pp. 433-471, en concreto, p. 436. Me remito, en general, a la bibliografía allí citada, atenta a estas consideraciones.

(6) Con un título muy expresivo de François DOSSE, *La Historia en migajas*. De « *Annales* » a la « *Nueva Historia* », Valencia, Alfons el Magnànim, 1988.

una Historia de las experiencias jurídicas, de las *ajenidades* o *alteridades*, de los *negativos*, de las *diferencias* respecto a dicho modelo o a tales improntas, necesariamente ha de tener poco que ver con él, cierto es que, en principio, podría añadirse, puesto que los conocimientos humanos no son — o no deberían ser — cerrada, impermeablemente exclusivistas. Y ello porque la crítica iushistoriográfica, antitradicional, aspira a elaborar una Historia *de* la tradición, y no una Historia *en* la tradición, para lo que ha de ocupar un lugar *externo* a la misma, o sea, cambiar su perspectiva, comprometida con el presente en el que vive el historiador, pero, no esclava de él, y mucho menos, justificadora del mismo. Un criticismo entendido como comprensión *discontinua* de la Historia, o de las Historias, del Derecho, o de los Derechos, aludiendo con ello, además, a una ineludible ruptura, conceptual, objetual y metodológica, con la no problematización de los presupuestos de partida del tradicionalismo iushistórico. Esta aceptación o asunción de la noción de discontinuidad ha de reportar, como así ha venido haciéndolo ya, diversas respuestas en la comprensión del pasado histórico-jurídico, que ha perdido el monolitismo característico, de resultados y conclusiones investigadoras, en no pocos de sus sectores de indagación pretérita. Como contrapartida de ello, tales posiciones críticas, que no son únicas, sino, por el contrario, múltiples y dispersas, han contribuido a difuminar y cuestionar sólidos, supuestamente, estados de la cuestión, y definitivas, presuntamente, reconstrucciones de sistemas jurídicos, o de parcelas entitativas de los mismos. A lo que se une la problemática autonomía que el Derecho habría tenido en los diferentes periodos históricos, los perjuicios que su consideración intemporal habría acarreado para su acertado, multidisciplinar y fecundo, entendimiento histórico, e incluso la consideración de que una noción restrictiva del mismo habría sido el principal de los factores que condujeron a la Historia jurídica a perder su condición de disciplina efectivamente jurídica. No obstante, las comprensiones críticas del Derecho y su pasado, de los diversos Derechos de pueblos y siglos diferentes en la historia de la humanidad, no habrían de identificar, todas ellas, ineludiblemente, autonomía de lo jurídico y asunción de sus discontinuidades, siendo infinidad la de los de modelos o improntas entre los cuales elegir qué Historia del Derecho resultaría más acertada y veraz. Por ejemplo, las respuestas historiográficas al modelo totalizador del Estado nacional han sido dispares, y pueden quedar englobadas, si de elegir entre ellas se trata, en expresivos nombres propios, de mayor o menor categoría científica, de superior o inferior acribia investigadora: Max Weber, Marc Bloch, Michel Foucault, Emmanuel Le Roy Ladurie, Clifford Geertz, Niklas Luhmann, Pierre Bourdieu...

No sin cierta exageración, podría existir la impresión de que los modelos o *discursos* historiográficos criticistas constituyen una infinidad, prácticamente, casi tantos como sus cultivadores o defensores. A

pesar de lo cual, les une la convicción del necesario entronque de la reflexión histórico-jurídica con los problemas propios, y característicos, del orden jurídico contemporáneo, esto es, del actual desde la perspectiva del historiador que la formula. Como ha advertido, también en primera persona, Marta Lorente, aun cuando pudiera parecer que historiar cesuras, alteridades o discontinuidades no comportaba compromisos con el presente, sino, por el contrario, un interés meramente arqueológico con respecto al pasado, o a los dispares pasados entendidos como mundos periclitados y extraños, lo cierto es que la historiografía jurídica autobautizada como crítica se ha esforzado por mantener vivo, casi siempre espoleándolo con *animus* emancipatorio, un diálogo, no ensimismado y sí comprometido, entre juristas, bien visible cuando de constitucionalismos y codificaciones, y sus *topoi* en periódica recidiva, se trata. Un diálogo en el que los iushistoriadores críticos pueden presentar a sus colegas de las disciplinas jurídicas positivas (constitucionalistas, administrativistas, penalistas, procesalistas, civilistas, mercantilistas o laboralistas), a unos olvidados sujetos de la historia, los *otros*, protagonistas silentes de la *otredad* colectiva, desenfocada o aherrojada por cierta Historia oficial, encadenada a los intereses políticos, económicos y sociales, ideológicos en suma, de su presente operante: los rústicos, las mujeres, los indígenas, los esclavos; o, desde la perspectiva corporativa de la sociedad del Antiguo Régimen, la pérdida de lugar social y de privilegios jurídicos de los gremios y otros *corpora*; o el arrumbamiento del discurso jurídico constructivo, y doctrinal, de los juristas del *ius commune*, etc. En suma, la disposición y preocupación hacia unas Historias de las singularidades, y el recelo reflejo de los imperativos tradicionales de una *única*, por impositiva, Historia de la uniformidad, humana y, especularmente, institucional, social, política, económica o jurídicamente construida. Una actitud crítica que conlleva, o acentúa, por lo demás, la tendencia, ya señalada, de multiplicar las opciones de construcción historiográfica, haciendo que sean tantas, casi, como historiadores que las crean o interpretan.

No obstante, la multivocidad o plurivocidad de críticas historiográficas, lejos de constituir un problema, en sí mismo, lo que hace es cumplir, lógicamente, con los presupuestos metódicos de su misma existencia. Así, si no ha habido un Estado moderno, una solitaria instancia soberana de poder en cada territorio políticamente independiente, y autosuficiente económica, social, e incluso culturalmente, sino una pluralidad de poderes superiores y coetáneos en ese mismo territorio, competitiva o complementariamente instalados en él, según los tiempos y los espacios, las visiones críticas de los mismos han de proliferar: es más, deben hacerlo, resultando muy difícil su reconducción forzada a un solo modelo comprensivo de tantas, y tan dispares, peculiaridades. Ahora bien, el auténtico, e irresoluble, problema para la crítica iushistórica vendría dado, en el ámbito de la docencia o ex-

posición sistemática de los conocimientos ya sedimentados, procedentes de las investigaciones precedentes, por la vía de la periodificación, diáfana y muy establemente aceptada, en cambio, en el campo de la Historia jurídica tradicional. Una dificultad íntimamente ligada, por otra parte, con la situación en la que se encuentra, hoy día, el debate sobre la idea del progreso histórico, que se halla en la ruta de un imparable destronamiento, o decadencia, de su *status* de dogma básico, intocable e irrenunciable, de la Historia occidental. Al querer acabar, el criticismo iushistoriográfico, con la comprensión continuista de la Historia jurídica, y, sobre todo, con su corolario ínsito de legitimación del orden social, económico, político y, por ende, jurídico, del presente, tal actitud no propicia, ni puede hacerlo, por imposibilidad lógica, una construcción o reconstrucción de panorámicas generales, quizá no imprescindibles desde el punto de vista de la investigación, pero, sí verdadera y perentoriamente útiles desde el de la docencia. Porque, si no es posible explicar, panorámicamente, los resultados globales extraídos de las numerosas indagaciones de índole crítica que se van produciendo, difícilmente se podrá alimentar, personal y materialmente, con jóvenes estudiosos y nuevos objetos de exploración interrogativa, la continuidad futura, y coherente, de dichas investigaciones iushistóricas dotadas de tal impronta crítica. Ciertamente que, en última instancia, la dificultad, o imposibilidad, críticamente periodificadora, conduciría a la sima de la imposibilidad de aprehender lo cultural, como así acontece para algunos antropólogos, y lo histórico ajeno, tanto espacial como temporalmente. O a que las cesuras cronológicas de una periodificación crítica fuesen cuasi infinitamente fluyentes, variables, acomodaticias a la evolución bibliográfica puntual de los investigadores a ella dedicados, o atentos a sus inevitables exigencias de especificación temporal.

Evidentemente, los conocidos como *discursos críticos de la discontinuidad o de las cesuras*, al plurificar, poco disciplinadamente, a veces libertariamente, las apuestas temáticas y metodológicas sobre sus comunes objetos de estudio, huyendo de la posibilidad misma de verse envueltos en indeseadas legitimaciones historicistas, o en retroproyecciones categoriales iushistóricas, lejos de unificar el contenido de la Historia del Derecho, propenden, imparablemente, a su vaciamiento, como igualmente ha llamado la atención, sobre ello, la profesora Lorente. Verbigracia, la Historia del pensamiento jurídico se deslizaría, compartidamente, de la tradicional Historia del Derecho hacia la Historia del pensamiento político; y una nueva Historia del constitucionalismo, radicadamente *in fieri* desde los posicionamientos críticos, debería ubicarse, si no fuera de la Historia jurídica, sí en campo propio y compartido, caso de una hipotética *Teoría e Historia de la Constitución*, con otras disciplinas jurídicas, sociales y políticas. También sería el caso de la Historia del Derecho Indiano, que, de sector especializado de la

Historia del Derecho español, estaría siendo cada vez más reclamada por la ciencia política, particularmente por la atracción que produce la vertiente indígena del comunitarismo como forma de organización histórica, política y social; o por el absoluto desconocimiento del indígena como sujeto político en la historiografía constitucional, y todavía en los Derechos constitucionales contemporáneos, y no sólo ya en los de antaño. Sin olvidar a la Antropología jurídica, prontamente desligada, poco más allá de sus orígenes, de la Historia del Derecho español. A lo que se suma la circunstancia, añadida, de que no pocas de las posiciones historiográficas críticas resultan irreductibles, incompatibles entre sí, dadas sus mismas especificidades que las singularizan, ante todo, interpretativamente. Por último, su reconducción a la unidad parece imposible, puesto que su razón de ser es, precisamente, destruir, derribar, *dinamitar*, en fin, el espacio común imperante, que es el de la tradición historiográfica establecida, que puede ser criticado por variados motivos, desde luego, pero no, en cualquier caso, por el de su falta de consolidación (7).

Pues bien, si, en el año 2000, Marta Lorente hacía público su pesimismo sobre las posibilidades de unificar los cauces varios de esa Historia crítica del Derecho, cuyas dolencias tan bien había sabido auscultar, en un análisis que procedía del año anterior, de 1999, y del Proyecto, precisamente Docente, que había defendido en el primero de sus ejercicios para la provisión de la Cátedra de Historia del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid, que brillantemente ganó, y unánimemente le fue entonces adjudicada, ocho años después, el lector tiene en sus manos, por incitación y estímulo suyos, nada menos que un *Manual* de tal Historia Jurídica crítica. Cierto es que de una parcela, obviamente, de dichas cesuras o discontinuidades de la experiencia jurídica occidental del constitucionalismo, en su versión predominantemente española, y concentradamente decimonónica. Y cierto también es que este *Manual*, no sólo hipotéticamente factible, y posible, sino hecho ya realidad — y gruesa realidad —, representa una de dichas tendencias o posicionamientos historiográficamente críticos de nuestro pasado jurídico, aunque es, hoy en día, desde luego, el predominante, y el más valorado y caracterizado por su proyección exterior, particularmente, de Europa, en Italia. Ha de ser incluido, *De Justicia de Jueces a Justicia de Leyes: hacia la España de 1870*, por tanto, y sin duda, en la manualística de rango iushistórico constitucional, porque cumple en plenitud las exigencias definitorias del término: tanto en acceso coetáneo, de « libro en que se compendia lo más sustancial de

(7) También resulta ilustrativo, en general, M. LORENTE SARIÑENA, *Poesía como Constitución. Las razones de Clavero*, en los *Quaderni Fiorentini*, Florencia-Milán, 22 (1993), pp. 645-663.

una materia » (acepción novena del *Diccionario de la Lengua Española* (DRAE), 22^a. ed., Madrid, 2001, p. 1445, s.v.); como en aproximación filológicamente histórica, acreedora única de la anterior, de « libro en que alguna materia dilatada se resume, conteniendo todo lo substancial » (acepción cuarta del *Diccionario de Autoridades*, 6 tomos, Madrid, 1726-1739, t. IV, p. 490, s.v). Como ha quedado dicho, su estructura es capitular, pensada para ser una obra unitaria y no una colección de artículos, más o menos conexos. Las remisiones internas de los autores de cada capítulo atestiguan su maternidad homogénea, y no su paternidad híbrida. La *Bibliografía General* final (pp. 429-450), amplia pero acumulada, pensada en términos de utilidad y profundización para el interesado en ello, y el *Índice Analítico* (pp. 451-460), así llamado, pero ceñido a lo más útil, el conceptual o de materias, presentado con todo detalle y esmero, acreditan, por supererogación, su finalidad manualística. De manual, conviene aclarar, por descontado, que de alta, altísima, especialización, por recoger las novedades historiográficas más actuales y destacadas, entre las más recientes de la investigación crítica sobre la materia, de justicia constitucional. Por lo tanto, sus destinatarios naturales no son, únicamente, los alumnos universitarios, sino también los profesores, y aún los especialistas en dicho sector temático, y el público lector en general, interesado en la divulgación de gran, y puntera, calidad. Las fuentes de donde obtienen los autores su *valiosa información* no dejan lugar a dudas, que requieran de preliminar aclaración, como la jocosa que Charles Dickens antepuso en *Los papeles póstumos del Club Pickwick*, y se transcribe, traducida, en la cita liminar de este apartado. Todas ellas han sido trabajadas por sus autores, en elaboración propia a lo largo de no pocos años, en la mayor parte de los casos. Es vino, pues, de propia cosecha, y de cepas en viñas laboradas tiempo ha, con esmero y vocacional dedicación en la sementera, en su labranza y en la pública vendimia. Sólo, como en la narración dickensiana, les correspondería, justamente, arrogarse el mérito de su *arreglo juicioso* y, como ha de ser el desiderátum de todo historiador, su *relato imparcial*.

Asombra, empero, la homogeneidad de planteamientos advertible en tan nutrido grupo de autores, cuya observación no se satisface acudiendo a las habituales relaciones de discipulazgo, aunque mucho de ello sí explique: consta, así, una Escuela *sevillana* de argumentos compartidos, encabezada por Bartolomé Clavero, más Jesús Vallejo Fernández de la Reguera, Carmen Muñoz de Bustillo Romero y Carmen Serván; y una Escuela *salmantino-madrileña*, con sede principal en la Universidad Autónoma de Madrid, en torno a Marta Lorente, Carlos Garriga Acosta (Universidad del País Vasco), María Paz Alonso Romero (Universidad de Salamanca), Fernando Martínez Pérez, Alejandro Agüero y María Julia Solla; más José María Portillo Valdés (actualmente, en la Universidad de Santiago de Compostela). Un grupo de

autores inconformistas con la tradición iushistoriográfica española; más aún, decidida, y proclamadamente rebeldes respecto de ella, en algunos momentos, expresa y declaradamente *airados* con algunas, o bastantes, de sus prácticas — de cuya justicia todos somos libres, por otra parte, para disentir fundadamente —, en una *tradición* crítica, por lo demás, muy intelectual, que periódicamente vivifica, y así debe ser, o *revivifica*, los ámbitos, contenidos, direcciones, tendencias, modos y maneras de hacer ciencia, técnica o arte. Lamentablemente olvidada en ocasiones, como, en relación con el arte cinematográfico, el genuino del siglo XX, ha acontecido con el *Free Cinema* inglés, cuyo pionero fue el reputado director teatral Tony Richardson (Shipley, 1928-Los Ángeles, 1991), que creó, en 1956, el *Royal Court Theatre* de Londres, alcanzando prestigio como director escénico de varias obras de John Osborne que llevaría, luego, a la gran pantalla: *Mirando hacia atrás con ira* (o mejor, *con cólera*; *Look Back in Anger*, 1959) y *El animador* (*The Entertainer*, 1960). Sería en una película algo posterior, y célebre, *La soledad del corredor de fondo* (*The Loneliness of the Long Distance Runner*, 1962), en la que resumiría los principios de toda una época, intemporal, paradójicamente, la de aquellos *angry young men* británicos, con visión crítica no sólo de su presente, sino también, y no sorprende, de su pasado, de la oficialmente gloriosa historia militar del Imperio Británico: su desmitificadora y polémica, culta e inteligente, en año bien emblemático — si se puede emplear, todavía, este adjetivo, ahora tan desprestigiado —, el de 1968, incluida una carta abierta de Richardson en *The Times* londinense, defendiéndose de las críticas generalizadas que había suscitado, y concitado, sobremanera, *La última carga* o *La carga de la Brigada Ligera* (*The Charge of the Light Brigade*, 1968).

II. *Contenido estructurado de dicho factible Manual, en tanto que comprensión discontinua de la Historia del Derecho.*

« Reparar en los cortes, y no en los elementos evolutivos de la tradición jurídica occidental, es, en mi opinión, una de las claves para la identificación de la Historia jurídica crítica [...]. La Historia de las *experiencias jurídicas*, de las *ajeneidades*, de los *negativos*, etc., tiene poco que ver con la de las *evoluciones* o *formaciones* del Derecho y del Estado nacional, las cuales constituyen, *grosso modo*, el paradigma clásico de la Historiografía jurídica [...]. [Sin embargo], la crítica historiográfica, que ha actuado sobre una comprensión continuista de la historia jurídica, con su corolario de legitimación, no propicia la (re)construcción de panorámicas generales, las cuales son, si no imprescindibles, sí verdaderamente útiles para la docencia [...]. La aceptación o asunción de la noción de *discontinuidad*, por un sector de la Historiografía jurí-

dica, no sólo no ha reportado, como uno de sus posibles resultados, una única convención respecto de su comprensión, sino que, por el contrario, ha multiplicado el número de las existentes [...]. Una percepción discontinua de la historia hace emerger al *otro*, pero, la falta de unanimidad respecto de sus presupuestos — políticos — de partida hace emerger, no al *otro*, sino a los *otros*: la sensibilidad por la problemática jurídica del rústico, de la mujer o del indígena, o, en otro orden de cosas, por la *pérdida* de espacio para la corporación, o para el discurso constructivo de los juristas, no sólo responde a presupuestos de cientificidad, sino de determinación política [...]. Finalmente, la que vengo denominando Historia de las *cesuras* se enfrenta a un problema irresoluble, [el de] su periodificación, íntimamente vinculado a la situación en la que hoy se encuentra la idea de *progreso* en el taller del historiador [...]. Intentar reconducir a la unidad un conglomerado de discursos, cuya razón de ser es, precisamente, la dinamitación del espacio común, parece poco menos que imposible ».

(Marta Lorente, "*Pensamiento único*" e *Historia del Derecho*) (8).

Este *Manual* de Historia *discontinua* del Derecho, con sus once capítulos agrupados en cuatro partes o secciones (I. *Cultura jurisdiccional*, II. *Quiebra institucional y proyectos constitucionales*, III. *La justicia isabelina*, IV. *Justicia y Constitución*), comienza, en los dos primeros, incardinando la justicia del constitucionalismo español en su trayectoria precedente, la de los jueces y jurisdicciones del Antiguo Régimen. Es Alejandro Agüero quien, en *Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional* (pp. 19-58), cuida de introducir al lector en esa lectura *discontinua* de la Historia, que no deja de ser un relativismo gnoseológico. Su aportación es clara, ordenada, sintética y esclarecedora, lo que no es fácil y sí de agradecer, a pesar de su lenguaje gustosamente esotérico, atento siempre a hacer uso, con entusiasmo y sin tregua, ni desfallecimiento ante caídas y recaídas crípticas, de la terminología característica en la corriente historiográfica a la que se adscribe. A pesar de su modestia, que refleja en su *Orientación bibliográfica* comentada (pp. 56-58), en la que puntualiza haber dado cuenta, tan solo, de los resultados de investigaciones ajenas sobre la materia, puesto que leer e interpretar, con acierto y precisión, es la primera obligación esencial de todo historiador que se precie, y aquí se cumple, incluso con brillantez. De forma preliminar, enlaza la Historia jurídica crítica, a modo de vacuna antilegitimadora del presente, con la Filosofía, y sus teorías *del*

(8) M. LORENTE SARIÑENA, *Pensamiento único e Historia del Derecho: dificultades y obstáculos en la globalización iusbistórica*, pp. 436, 439, 451, 453, 458, 460 y 470; e EAD., *Autonomía y Soberanía: entre la Historia conceptual y la Historia del Derecho*, en *Initium*, 3 (1998), pp. 487-530.

discurso, y con la Antropología, y su teoría *del otro*. La *cultura* jurisdiccional del Antiguo Régimen europeo, o jurisdiccionalismo político, de la Baja Edad Media a la Ilustración, se asentaba sobre unas claves, lógico-jurídicas en tanto que expresión de unas sociedades dadas, con sus economías, sus políticas respectivas, tendencialmente homogéneas, y sus manifestaciones culturales en general, que eran, fundamentalmente, las siguientes: un orden trascendente, una sociedad corporativa, una justicia conservadora del orden establecido, un poder entendido como *iurisdictio* de origen corporativo, una doctrina jurídica intérprete de dicho orden jurídico y político por medio de un razonamiento tópico, un príncipe que era fuente de toda jurisdicción; una justicia radicada en el rigor procesal y en las virtudes personales de los jueces, flexibilizada por vía de la gracia, y aun del arbitrio judicial; y un gobierno político y económico erigido sobre el modelo del poder doméstico del padre de familia, puesto que el absolutismo regio se basaba, y justificaba, en la equiparación de la función de rey a la de un supremo *pater familiae*. El orden humano era trascendente porque la sociedad, teocéntrica, se integraba, armónicamente, en el orden divino de la creación. La sociedad era corporativa (*corpus reipublicae mysticum, persona ficta, universitas*), en tanto que se imponía la creencia organicista de la primacía de la comunidad sobre el individuo, que sólo existía agregado a la misma. Esta unidad jerárquicamente integrada se predicaba, igualmente, de la familia, la ciudad, el reino o el imperio, haciendo compatible la fragmentación política con la idea de una totalidad compuesta, armónica y efectivamente jerarquizada, que era identificada con la noción de *ordo universalis*. La religión y el derecho, como saberes y disciplinas sociales íntimamente ligados, argumentaban de forma casuística, por medio de razonamientos tópicos que no se detenían frente a la contradicción, dado que preponderaba la tradición y la autoridad última de los textos sagrados. Puesto que el orden, natural y social, era algo dado originariamente, el poder, ni lo creaba, ni lo constituía, sino que lo conservaba, y garantizaba, tal como era, y estaba, preestablecido.

La jurisdicción (*iurisdictio*), o potestad para declarar el derecho y establecer la equidad, designaba tanto el poder público para resolver declarativamente una controversia, como el de dictar preceptos generales equitativos, a partir del orden normativo trascendente. La sentencia (*quasi particularis lex*) y la ley (*lex particularis*, estatuto, ordenanza, costumbre), eran actos interpretativos de jurisdicción, a los que se llegaba con el auxilio de la *auctoritas* de la doctrina manifestada en *communis opinio*, que reflejaban, normativamente, algún aspecto del orden trascendente. La unidad del reino, compatible con la pluralidad corporativa, traducía la supremacía jurisdiccional del príncipe como garantía última del orden social (*mayoría de justicia*), lo que le atribuía la máxima potestad normativa, y le legitimaba para intervenir en los ór-

ganos jurisdiccionales jerárquicamente subordinados, corrigiendo la *mengua de justicia*, nombrando jueces, enviando pesquisadores, etc. La justicia no se aseguraba mediante el control de la legalidad de los actos, siendo contraria la doctrina del *ius commune* a motivar las sentencias, sino a través del rigor procesal y las virtudes personales de los jueces. Por lo que todo gobierno era jurisdiccional, en tanto que se legitimaba como aplicación concreta de la justicia. Complementariamente, donde no llegaba la potestad ordinaria jurisdiccional del príncipe lo hacía su potestad extraordinaria exclusiva, fundada en la piedad, clemencia y misericordia regias, por la vía de la gracia: concesión de mercedes, títulos, oficios y beneficios; dispensa de leyes, indultos y perdones; emancipaciones y legitimaciones. Análogo a la gracia regia era el arbitrio judicial, que templaba el rigor de la justicia, disminuyendo las penas impuestas por las leyes o dispensando la observancia de ciertos ritos procesales, de acuerdo con casuísticos criterios de oportunidad o conveniencia. Fuera de la omnicompreensiva justicia del Antiguo Régimen se hallaba el gobierno político y económico, y su función tutelar o *de policía*, que, tanto para los padres de familia como para los monarcas, se sustraía a las reglas jurisdiccionales. Sobre estas piedras angulares del edificio de la Monarquía *jurisdiccional* de la Baja Edad Media y de la Edad Moderna se acomodaría, en el siglo XVIII, por toda Europa, la Monarquía *administrativa*, que ya ejercía su poder sin atenerse a los requerimientos procesales de la *iurisdictio*, a los que se sobreponía la potestad *paternal*, política y económica, del soberano.

Con la solvencia y experiencia que le caracterizan, que atienden a un programa investigador propio, ya de décadas, sobre la administración de la justicia, y su concepción, en el Antiguo Régimen, Carlos Garriga organiza parte de sus autorizados resultados en una aportación que titula "*Justicia animada*": *dispositivos de la justicia en la Monarquía Católica* (pp. 59-104) ⁽⁹⁾. En su frontispicio, la cita de Jerónimo Castillo de Bovadilla remite a Baldo la responsabilidad del símil, de juez

(9) C. GARRIGA ACOSTA, *Control y disciplina de los oficiales públicos en Castilla: la visita del Ordenamiento de Toledo (1480)*, en el *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)*, Madrid, 61 (1991), pp. 215-390; ID., *La Audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525). Historia política, régimen jurídico y práctica institucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994; ID., *Las Ordenanzas de la Real Audiencia de Cataluña (1741). Una contribución al estudio del régimen de la Nueva Planta*, en *Initium*, 1 (1996), pp. 371-396; ID., *Despotismo ilustrado y desorden social: la restauración de la Nueva Planta de la Audiencia de Cataluña (1775)*, en *Initium*, 2 (1997), pp. 485-516; ID., *La expansión de la visita castellana a Indias: presupuestos, alcance y significado*, en las *Actas y Estudios del XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, 4 vols., Buenos Aires, 1997, vol. III, pp. 51-79; ID., *El Corregidor en Cataluña. (Una lectura de la obra de Josep M. Gay Escoda)*, en *Initium*, 3 (1998), pp. 531-583; ID.,

como *iustitia animata*. Después, se abunda en varios de los *topica* presentados en la anterior, y complementaria, contribución. El planteamiento sacude, didácticamente, al lector: ¿Es concebible, hoy, que la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, de 1985, siga vigente en el año 2500? Y más de medio siglo fue el que medió entre las leyes reguladoras del aparato de la justicia con Alfonso X, en el siglo XIII, encarnado en *Las Partidas*, y, apenas retocadas, las mismas insertas en la *Novísima Recopilación*, de 1805. Orden y tradición, sabido es que eran predicados consustanciales al Antiguo Régimen, el de Monarquía Católica. Y su justicia, *judicial*, de jueces o magistrados, como respuesta a un orden jurídico tradicional y pluralista, trascendente y jurisprudencial, incapacitado esencialmente para conformar una justicia *legal*, o de leyes. Cebada la exposición a la justicia en la Corona de Castilla, la progresiva consolidación bajomedieval del rey como fuente de la jurisdicción, en el reino, aparece como un logro histórico, y no como un presupuesto lógico. Que, sin embargo, contaba con su lógica jurídica y política: dado que la jurisdicción era inherente a la corporación, e imprescindible para la configuración del territorio, y siendo el rey el responsable garante de la justicia en el reino, tenía que corresponderle la potestad necesaria para corregir los agravios que el ejercicio jurisdiccional causase en la justicia. Histórica, y lógicamente, fue como se consolidó el dogma del origen real de la jurisdicción regnícola (*princeps imago reipublicae*), simbolizado de diversas formas (el sol, la fuente), que fundamentó la reserva de una *mayoría de justicia*, es decir, de aquella porción de jurisdicción consustancial al *status* de *princeps*, tenida por im-

Los límites del reformismo borbónico: a propósito de la administración de la justicia en Indias, en Feliciano BARRIOS (coord.), *Derecho y Administración Pública en las Indias Hispánicas. Actas del XII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, 2 vols., Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, vol. I, pp. 781-821; ID., *Gobierno*, en J. Fernández SEBASTIÁN y J. F. FUENTES (dirs.), *Diccionario político y social del siglo XIX español*, Madrid, Alianza, 2002, pp. 319-335; ID., *Estudio preliminar a la edición facsimilar de A. Salgado CORREA, Libro nombrado Regimiento de Juezes*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), 2004; ID., *Las Audiencias: la justicia y el gobierno de las Indias*, en F. BARRIOS (coord.), *El Gobierno de un Mundo: Virreinos y Audiencias en la América Hispánica*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, pp. 711-794; ID., *Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen*, en *Istor. Revista de Historia Internacional*, IV, 16 (2004), pp. 13-44; ID., *Contra iudicii improbitatem remedia. La recusación judicial como garantía de la justicia en la Corona de Castilla*, en *Initium*, 11 (2006), pp. 157-382; ID., *Constitución política y orden jurídico en España: el efecto derogatorio de la Constitución de Cádiz*, en VV.AA., *Doceañismos, Constituciones e Independencias*, Madrid, Mapfre, 2006, pp. 33-77; e ID., *Estudio preliminar a la edición facsimilar de la Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid*, Madrid, CGPJ, 2007.

prescindible para mantener el reino en paz y justicia. No obstante, su consideración de *fons dignitatum et iurisdictionum* no le supuso concentración efectiva de la jurisdicción, ya que, cohonestada la supremacía regia con el pluralismo jurisdiccional existente, se entendía tácitamente consentida toda potestad jurisdiccional ejercida sin título expreso, ni contradicción real. De ahí que fuese muy reducida, en la práctica, la designación de jueces reales para el desempeño de la jurisdicción en primera instancia. Ahora bien, como la heterogénea y conflictiva pluralidad jurisdiccional determinaba la concentración de la jurisdicción en el monarca, por vía de apelación y de avocación, las Reales Audiencias, integradas por sus magistrados u oficiales investidos de jurisdicción, pudieron constituirse en instituciones geminadas del soberano, sobre un territorio jurisdiccionalmente unitario, y totalizado, puesto que no se concebía que hubiese espacios *vacíos* de rey. A su vez, el orden judicial se articulaba de conformidad con los criterios de territorio y grado jurisdiccional: para la delimitación entre magistrados de igual grado y distinto territorio, colindante, se aplicaban las reglas de límites o *de iure finium*; cuando concurrían magistrados de igual grado en un mismo territorio, entraban en liza los criterios de colegialidad, jurisdicción privativa y jurisdicción acumulativa; finalmente, para solventar el que magistrados situados en diferentes grados jurisdiccionales actuasen dentro de un mismo territorio, se acudía a diferentes mecanismos jurídicos, como la visita, el recurso de agravio, la *simple querella*, o los llamados *casos de Corte*. Eso sí, la precariedad competencial y funcional hacía que los conflictos jurisdiccionales no perteneciesen a la patología, sino a la fisiología del cuerpo judicial, lo que explica que las distinciones, en materia jurisdiccional, no fuesen orgánicas y sí procedimentales.

La organización judicial, en tanto que resultante de un orden tradicional, dificultaba, por otra parte, la uniformidad, que, en todo caso, cuando era parcialmente conseguida, derivaba, no de principios organizativos o jerárquicos, sino de los valores comunes al oficio de juez. Porque existía una figura jurisprudencial del *iudex perfectus*, elaborada tópicamente, que sostenía todo el aparato judicial, y su funcionamiento, que debía ser, por cierto, antes temeroso de Dios que letrado, puesto que menudeaban los jueces legos (rústicos o militares, *de capa y espada*), que solían contar con el asesoramiento de letrados; y basar sus actuaciones procesales en el secreto, clave de la justicia en el Antiguo Régimen. Y ello porque ésta, la justicia, no residía en la adecuación de la sentencia a la ley, sino que dependía del comportamiento justo exteriorizado por los magistrados que la pronunciaban. Radicando la justicia en el juez, y no en la ley, no era preciso garantizar la recta aplicación de ésta, sino la justa conducta de aquél. Y, como remedios o recursos contra lo mal juzgado (*iudicii improbitatem*), por el comportamiento deliberada o imprudentemente injusto del juez, como

garantías de la justicia y de la responsabilidad judicial, estaban la recusación y la apelación. En la primera, la recusación, dos principios jurisprudenciales se concitaban: para suscitar la inhibición del juez, el de que nadie puede serlo en causa propia (*nemo potest esse iudex in propria causa*), excepto el *princeps*; para promover la estricta recusación, el de que nadie puede venir obligado a litigar ante juez sospechoso, puesto que *nemo cogatur aequum ferre iudicem, qui sibi sit adversus, suspectus et inimicus*. Por lo que respecta a su complemento, la apelación, que era la garantía por excelencia de la justicia administrada en primera instancia, íntimamente ligada a la responsabilidad del *iudex iniuste iudicans* y al juicio de residencia, y que justificaba, por sí misma, todo el entramado de la justicia superior, presentaba varias alternativas, cuando resultaba imposible en la instancia de la suprema justicia: la propia recusación de los magistrados superiores, el recurso de suplicación, y, por la vía de gracia, el recurso de injusticia notoria. Además, para controlar a los magistrados superiores, la visita fue el procedimiento articulado, desde los Reyes Católicos, desenvuelto a partir de una pesquisa general sobre el estado del tribunal, caracterizada por un riguroso secreto, que ocultaba al inculpado los nombres y las declaraciones de los testigos de cargo. Durante el siglo XVIII, el reformismo borbónico, aunque administrativizó la Monarquía, en materia de justicia, sin embargo, no hizo más que *restaurar* viejos procedimientos. Siendo la justicia tan consustancial al orden jurídico político constituido, no podía ser cambiada sin alterar los fundamentos mismos de la constitución tradicional de la Monarquía. Organizativamente, la Administración de justicia fue racionalizada y uniformada, pero, esta ordenación de los jueces no afectó a su realización de la justicia, como lo muestra la extensión, característicamente castellana, de la prohibición de motivar las sentencias a los restantes territorios de la Corona de Aragón. Aunque fue puesto en marcha, durante el setecientos, un proceso de *estatalización* de los jueces, nada se hizo en cuanto a la *legalización* de la justicia, que siguió estando *animada* por dichos magistrados, sin que nada presagiase, por entonces, que fuesen a quedar sometidos a las leyes.

Se inicia la segunda parte, de *Quiembra institucional y proyectos constitucionales*, con el capítulo de *Crisis de la Monarquía y necesidad de la Constitución* (pp. 107-134), de José María Portillo Valdés⁽¹⁰⁾. Conocida es la admiración de los ilustrados españoles finiseculares por

⁽¹⁰⁾ J. M. PORTILLO VALDÉS, *Los poderes locales en la formación del régimen foral. Guipúzcoa (1812-1845)*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1987; Id., *Monarquía y gobierno provincial. Poder y Constitución en las Provincias Vascas (1760-1808)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; e Id., *Crisis atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la Monarquía hispánica*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

la *Constitución de Inglaterra*, modélica para la distinción entre metrópoli y colonias. Y sus lecturas: el barón de Montesquieu, Jean Louis De Lolme, el duque de Almodóvar, William Blackstone, David Hume, Adam Smith, Adam Ferguson... Convencidos de que la mejor organización jurídico política posible para la Monarquía hispana era la británica, en el pensamiento ilustrado se distinguió entre *nación* y *monarquía*. Sorprendentemente, sin embargo, en ese espacio y período de revoluciones atlánticas que se produjeron en Europa y América, de Virginia a Cádiz, pasando por París, la Constitución de 1812 estableció la hispana peculiaridad de identificar a la Nación con la Monarquía: *La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios*. Algo que no habían aceptado ingleses y franceses, y tampoco los españoles lo harían, a partir de 1837. La causa de tal desusada identidad — por no contar con precedente *uso* constitucional comparado —, cree hallarla Portillo en la crisis padecida por la Monarquía española en 1808, con su origen interno, el *motín de Aranjuez*, y su motor externo, Napoleón Bonaparte. Extendida dicha crisis a toda la Monarquía, en un principio, las Juntas provinciales peninsulares se concibieron a sí mismas como tutoras y custodias de la soberanía, y no como disponentes de la misma, motivo por el cual no procedieron a elaborar Constitución alguna. Pero, la crisis se reprodujo, en el caso de las Juntas americanas, cuando la Junta Suprema Central no quiso reconocerlas, dando lugar a protestas como la que se recoge en el *Memorial de agravios* elaborado por Camilo Torres, en representación del cabildo de Santa Fe de Bogotá, en 1809. En el tránsito de Juntas a Congresos que se fue produciendo, en tierras americanas, en Caracas, Bogotá, Santiago de Chile o Buenos Aires, habría de nacer el pueblo como nuevo, y único, sujeto político. Mientras tanto, en España, concretamente en Cádiz, estaba planteado el problema de la definición política de *nación*. Frente a las tesis de Gaspar Melchor de Jovellanos o de Antonio de Capmany, también de Francisco Martínez Marina presentando la Historia constitucional castellana como la de toda la Monarquía, afirma Portillo — y es afirmación arriesgada, hay que hacer constar, no aceptada pacíficamente, en absoluto, por la historiografía competente —, que en España no hubo Constitución *histórica*. Si cabe, la representación municipal era la única posible para la Nación española, pese a que no hubo diputados americanos en las Cortes gaditanas, ni en representación de las ciudades con tradicional voto en Cortes (México y Cuzco), ni en representación de las propias Juntas transoceánicas. De ahí el fracaso práctico que se produjo, por dilatar la decisión definitiva sobre el principio de igualdad en la representación, en Cádiz, entre 1810 y 1812, por lo que se refiere a la teórica conversión de toda la Monarquía, europea y americana, en Nación. A ello se unió el problema de la Administración interior de los territorios provinciales en el seno de la Nación, según la Constitución de 1812,

en la que las Diputaciones Provinciales habrían sido una solución de Administración *representativa*. Al no aceptarse que estas Diputaciones actuasen de Asambleas provinciales colegisladoras con la nacional de las Cortes, se ahondó en el fracaso de la identificación de la Nación con la Monarquía. De este modo, ante la dualidad de soberanía nacional y soberanía real, planteada en 1812, Portillo Valdés, siguiendo a Ludwig von Haller, concluye que la primera de nuestras Constituciones estableció, realmente, un régimen de Monarquía *republicana*, en la que se hacía de la religión una seña de identidad de la Nación.

De la otra España en los albores de la contemporaneidad, la bonapartista, se ocupa, en el capítulo cuarto, su máxima especialista, Carmen Muñoz de Bustillo, centrándose, ahora, en *La fallida recepción en España de la Justicia napoleónica (1808-1812)* (pp. 135-168) ⁽¹¹⁾. La exposición, como es habitual en la autora, resulta equilibrada y clarificadora, aparte de racionalmente mesurada, y paciente, tersamente fundada, lo que se agradece desde todos los puntos de vista, por introducir sencillez y amenidad en ámbitos en que tal no es, desde luego, su condición originaria. No duda en calificar el texto de Bayona, de 1808, como la primera Constitución *para* España, en principio, tanto para la peninsular como la ultramarina, aunque, en realidad, América habría de quedar fuera. Publicada dos veces en la *Gaceta de Madrid*, lo que da idea de los avatares de su vigencia, entre el 27 y 30-VII-1808, y del 29-III al 2-IV-1809, antes, son examinadas las doce sesiones celebradas por la Asamblea bayonesa de Notables españoles, en las que éstos sí intervinieron, puesto que Bonaparte no les presentó un texto acabado. Ciertamente es que, luego, muchos de los preceptos constitucionales — o estatutarios —, de 1808, habrían de ser desarrollados por vía de decreto, orden o instrucción. Sin ir más lejos, los Decretos relativos a la *organización de los Tribunales de justicia* (arts. 101-104), promulgados el 21 y 23-VI-1812, apenas dos meses antes de que sucumbiese el Gobierno josefista. Lo relativo a la planta judicial de la España bonapartista es adjetivado, calificativamente, por Muñoz de Bustillo, en su puesta en funcionamiento, de *provisional* y *reciclada*. El Consejo Real de la Monarquía borbónica se convirtió, por obra de Bayona y voluntad de Napoleón, en el Tribunal de Reposición, un pretense Tribunal

(11) C. MUÑOZ DE BUSTILLO ROMERO, *La organización de los Tribunales españoles (1808-1812)*, en VV.AA., *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 545-561; ID., *Bayona en Andalucía: el Estado bonapartista en la Prefectura de Xerez*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; e ID., *Los otros celadores del orden constitucional doceañista: Diputaciones provinciales y Ayuntamientos constitucionales*, en José María INURRATEGUI y José María PORTILLO (eds.), *Constitución de España: orígenes y destinos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 179-213.

Supremo y de Casación, al estilo del que funcionaba, en Francia, desde 1804, como *Cour de Cassation*. Eso era en teoría, porque, de hecho, por uno de los ocho *Decretos* conocidos como *de Chamartín*, de 4-XII-1808, Napoleón ordenó la reorganización inmediata del Tribunal de Reposición, que, sin embargo, habría de demorarse cuatro años, hasta el 21-VI-1812; y, mientras tanto, a través de otro Decreto, de 6-II-1809, fueron creadas dos Juntas de Negocios Contenciosos, herederas directas de las funciones, las competencias y el personal del Consejo Real, y no precursoras de dicho Tribunal Supremo. Se salvó, únicamente, la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, transformada en una especie de Audiencia de Madrid. Un nuevo Decreto, de 18-VIII-1809, suprimió los restantes Consejos, de Guerra, Indias, Hacienda y Órdenes, sin olvidar dos Reales Juntas Supremas, la de Comercio y la de Correos, pasando sus competencias a engrosar las de las Juntas Contenciosas. La excusa fue el establecimiento del Consejo de Estado josefino, uno de los pocos órganos de gobierno, configurados en Bayona (arts. 52-60), que llegó a constituirse, puesto que fue inaugurado el 3-V-1809.

Por debajo del Tribunal de Reposición, hubo en la España bonapartista, al menos previstas constitucionalmente (art. 101), Chancillerías, que no Audiencias, Tribunales de primera instancia y Alcaldes mayores. Trece eran las Chancillerías que tendrían que haberse constituido, según el mencionado Decreto de 21-VI-1812. No parece que llegase a funcionar ninguna. Tomando como modelo la Ley francesa de 17-II-1800, relativa a la división y administración del territorio de la República, quedó repartida España, por Decreto de 17-IV-1810, a los efectos de su gobierno civil, en 38 Prefecturas; a su vez, distribuidas en 111 Subprefecturas, a razón de tres por cada Prefectura, excepto las de Ciudad Real, Cuenca, Madrid y Teruel, que sólo tenían dos, y la de Murcia, que contaba con cuatro; finalmente, las Subprefecturas se dividían en municipalidades. Mientras que la jurisdicción territorial de las Chancillerías tendría que haber comprendido varias Prefecturas, tres por lo general, era en la Subprefecturas donde residían los Tribunales de primera instancia. De estos últimos, sólo hay constancia de la creación y funcionamiento de uno, en la Subprefectura de Ronda, del que Carmen Muñoz de Bustillo proporciona cumplida noticia. Con la particularidad, bien expresiva, de que no lo fue en cumplimiento del citado Decreto de 21-VI-1812, sino por decisión, en junio de 1810, del comisionado regio, Joaquín de Uriarte. Aún seguía actuando en marzo de 1811, dependiendo, judicial y jerárquicamente, de la vieja Chancillería de Granada. Para asegurar la adhesión política de sus *empleados*, José I Bonaparte prefirió, más depurarlos mediante ceses que no confiando en vanos, volubles y volátiles juramentos de fidelidad. Prueba de ello son los ceses y nombramientos, de tribunales, jueces y justicias, contenidos en su Decreto de 19-VII-1809. De gran interés es el apar-

tado que se denomina *nuevas soluciones para antiguos problemas y viejas prácticas revestidas de novedad*. La novedad resolutoria fue la supresión de la jurisdicción eclesiástica, con devolución de la misma a los magistrados seculares, en virtud de un Decreto de 16-XII-1809, de desarrollo del artículo 98 de la Constitución bayonesa. Por tanto, la unidad jurisdiccional, vago precedente de la de 1868, hizo que la recepción de la justicia napoleónica, en España, no fuese una experiencia fallida. La vieja práctica encubierta, el que, supuestamente, dejase de existir la secular confusión (orgánica y funcional, que no procedimental), entre gobierno y justicia. Aunque las Juntas de Negocios Contenciosos no podían conocer de los asuntos administrativos y gubernativos que se hallaban pendientes en los extinguidos Reales Consejos, lo cierto es que sólo el principio de independencia judicial figuraba enunciado en la Constitución de 1808, no siendo siquiera mencionado el de separación de poderes. Hasta que el antecitado Decreto, de 17-IV-1810, sobre organización administrativa, fue promulgado, continuaron actuando, en la España de José I, como máximos órganos territoriales de gobierno, los antiguos Intendentes borbónicos, dotados de las mismas prerrogativas otorgadas en una Instrucción de 1802, que comprendían los ramos de hacienda, guerra, policía y justicia. Y los Prefectos, con su Decreto de 22-IV-1811, terminaron por asumir, además de sus funciones, las de sus predecesores intencionales. Tampoco cabe precisar qué grado de cumplimiento tuvo el Decreto de 5-XI-1810, que dispuso que los jueces de primera instancia y los alcaldes mayores sólo conociesen de asuntos judiciales, ni hasta qué punto se diferenció, en el ámbito municipal, entre lo contencioso y lo gubernativo. Por último, un ejemplo de clara recepción de la justicia napoleónica fueron, mediante Decreto de 16-II-1809, las Juntas Criminales Extraordinarias. Creada la primera de ellas en Madrid, e integrada por cinco alcaldes de Casa y Corte, sus competencias, y las de todas las demás (Jerez de la Frontera, Valladolid, Navarra), en detrimento de las de las Chancillerías, fueron las de entender de los delitos más graves, en tiempos de guerra: sedición, espionaje, infidencia, además de asesinato y robo.

Otro ya acreditado especialista en el primer constitucionalismo español, en este caso, de la confrontada, histórica más que jurídicamente, Constitución de 1812, Fernando Martínez Pérez, ilustra sobre materia que, pese a su juventud, domina por trabajada concienzudamente, con entusiasmo que es de agradecer, y se nota: *La Constitucionalización de la justicia (1810-1823)* (pp. 169-207) ⁽¹²⁾. Su arranque, no por conocido, deja de ser inteligentemente abrupto: en materia de justicia, los

⁽¹²⁾ F. MARTÍNEZ PÉREZ, *Entre confianza y responsabilidad. La Justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Consti-

principios de legalidad, exclusividad, independencia o unidad jurisdiccional no fueron basilares en la Constitución de Cádiz. Lo que justifica que invoque la *confianza* y la *responsabilidad* para conceptualizar el modelo de la administración de justicia doceañista. Pero, primero, desvanece un error frecuente: el de creer que la distancia que media entre el Estado constitucional diseñado en Cádiz y el actual, o sus contradicciones entre principios o con la práctica institucional del *experimento* gaditano, se debiesen a las dificultades propias de aplicar toda teoría, o a las resistencias opuestas por un mundo todavía anclado en el Antiguo Régimen, o a la falta de sinceridad de los liberales de 1810-1812. Porque no faltaron otras antinomias constitucionales, luego recurrentemente recordadas: entre el principio de separación de poderes y el reconocimiento de funciones jurisdiccionales a los alcaldes, o las depuraciones personales de jueces que se produjeron, con vulneración evidente de la independencia y la inamovilidad judiciales. Frente a interpretaciones tradicionales, y desorientadas, con mecánica exposición de los dogmas liberales relativos a la justicia, Fernando Martínez aporta su fundada, y alternativa, intelección (de *lectura* habla, pero éste es término demasiado superficial, *blando*, ligero, evanescente, hasta quizá frívolo, a la moda, y es preferible otro más contundentemente ponderativo, que le amerita): no hay que presumir que los principios fuesen operativos, ni las prácticas patológicas; en 1808, como le consta ya al lector, por los capítulos precedentes, no existía una Administración de justicia como sujeto, como centro de imputación de las resoluciones judiciales, sino que debía predicarse, personalmente, de los jueces.

El juez, y su oficio, pasa a ser, en consecuencia, el gozne de giro, de apertura y cierre, de la justicia doceañista. A continuación, y a distancia, vendrá la organización judicial. Las *calidades* del juez pasaban por su selección previa, que dependía, como era de temer, de su adhesión política, puesto que se trataba de impedir el acceso a los magistrados contrarios a las reformas constitucionales: he aquí, una vez más, el problema de la depuración o conservación de la magistratura. En desarrollo del artículo 251 de la Constitución de 1812, un Decreto, de

tucionales, 1999; ID., *Administración de Justicia*, en J. Fernández SEBASTIÁN y J. F. FUENTES (dirs.), *Diccionario político y social del siglo XIX español*, pp. 67-74; ID., *Ley expresa, clara y terminante. Orden normativo y paradigma jurisdiccional en el primer constitucionalismo español*, en *Historia Constitucional*, 3, <http://constitucion.rediris.es/revista/bc/tres>; e ID., *Juzgar sin ser juzgado: el constitucionalismo gaditano como constitucionalismo jurisdiccional*, en VV.AA., *Doceañismos, Constituciones e Independencias*, pp. 79-97. Además de F. MARTÍNEZ PÉREZ y Reinaldo LÓPEZ, *Los magistrados del Tribunal Supremo (1838-1848): una aproximación prosopográfica a la Justicia moderada*, en *Jueces para la Democracia*, Madrid, XV, 1 (1992), pp. 32-46.

3-VI-1812, exigió expresamente, como requisito, tal condición, la de adicto a la Constitución de la Monarquía. Porque la adhesión política tenía un valor, no sólo personal, sino también estructural, que era el que importaba: la disciplina de la persona del juez aseguraba su vinculación al Derecho en el Antiguo Régimen, dado que juzgaba sin obligación de motivar sus sentencias, por lo que, la única forma de asegurar su vinculación, no a la ley, sino al proyecto político de transformación de la sociedad que dicha ley contenía — la suprema, o constitucional, también —, pasaba por asegurarle como adicto políticamente. Junto a la figura del juez interino surgió la del cesante, dado que, en el régimen constitucional gaditano, la inamovilidad judicial fue considerada una derivación de la concepción patrimonial del oficio (art. 4), y no una garantía institucional, la de la independencia judicial (art. 252), frente a las presiones del poder político sobre jueces y magistrados. En general, éstos vieron respetadas sus plazas, sueldos y honores, salvo aquellos depurados por haber servido al Gobierno intruso de José I. Por lo que se refiere a la *responsabilidad* judicial, tanto en su faceta de empleado público (por prevaricación, por retraso o falta de cumplimiento de los mandatos superiores), como en la de particular (reforzamiento de la tradicional responsabilidad culposa, de mal juzgado por impericia), rasgos definitorios de la judicatura constitucional, en Cádiz actuaron como diques de contención, a fin de que el Poder Judicial no fuese soberano, dado que, de haberse unido la independencia a la irresponsabilidad, los jueces se habrían convertido en autoridades soberanas. Y sirvió, además, para que los magistrados quedasen ligados a las autoridades constitucionales. En lo que atañe a la *retribución*, ésta se hallaba entre la indemnización y el salario, puesto que no se consideraba como la retribución de una función, sino como la devolución del capital empleado por el juez en la adquisición de las calidades literarias que le habilitaban para el empleo. Desde el punto de vista orgánico, en la Constitución de Cádiz no hubo Administración de justicia, y sí jueces y tribunales. Como centro y cúspide de la autoridad judicial, el Supremo Tribunal de Justicia no fue una Corte de Casación, puesto que, a diferencia de Francia, donde el constitucionalismo se centró en la ley, en España fue confiado a la justicia. La novedad en las Audiencias Nacionales, que pasaron de regios tribunales a tribunales superiores territoriales, consistió en quedar vaciados de competencias gubernativas, siendo responsables por vía del recurso de nulidad. En América, sin embargo, las Audiencias dejaron de estar vinculadas al Tribunal Supremo. La justicia oficial y la justicia ciudadana estaban representadas por los alcaldes constitucionales, los jueces de primera instancia y los jurados. Siempre teniendo en cuenta que, para el constitucionalismo gaditano, el juez era responsable, más que por ser letrado, por ser un empleado público. Frente al juez de primera instancia, el alcalde constitucional disponía de tres potestades, la

económica, la judicial y la conciliatoria, pero, a diferencia del primero, el segundo respondía en lo gubernativo frente al Jefe político, pero, de ninguna manera en lo judicial. La figura del jurado quedó devaluada, además de las dificultades de introducir un elemento representativo en la justicia, y de las resistencias de los letrados, porque no era concebible, para el primer constitucionalismo español, una autoridad soberana, esto es, irresponsable. Como conclusión, hay que decir que, en la Constitución de Cádiz persistió el modelo de justicia del Antiguo Régimen, jurisdiccional y no legal, porque era una sociedad que todavía encontraba, en el privilegio jurisdiccional, una garantía de autonomía política.

Esta segunda parte, sobre el proyecto constitucional de 1812 y las quiebras institucionales que suponía, culmina en un sexto capítulo, salido de la pluma de María Paz Alonso Romero, que versa sobre *Las reglas de juego: herencia procesal y constitucionalismo* (pp. 209-242) ⁽¹³⁾. El estilo clásico de esta autora, al que ya tiene gozosamente acostumbrados a los lectores de sus fundamentales monografías, de escritura sencilla, límpida, ordenada, racional por geométrica, diáfana por agradablemente inteligible, que huye, en hora buena, de todo artificio retórico, por muy autorizado que se halle por la moda generacional o del momento, tanto él como sus inevitables secuaces, los neologismos para fáciles y gratuitos deslumbramientos, facilita extraordinariamente penetrar en su pensamiento, y beneficiarse de su exposición, sin dificultades o incomodidades enfadosamente adheridas. Amén de ahorrar los esfuerzos lectores de melancólicos criptoanálisis. El modelo histórico de proceso que tuvieron presente los constituyentes gaditanos fue el del *ius commune*, criticado tanto por los ilustrados como por los liberales, sobre todo, en el ámbito penal. Su diagnóstico común: mala praxis de los jueces. Su remedio: observancia de las leyes procesales. En el *ius commune*, su justicia, que era letrada en tanto que actuaba conforme a unas técnicas jurídicas desarrolladas, *more universitate*, a partir de la Baja Edad Media, se interpretó desde el pesimismo antropológico característico del pensamiento católico, cuya desconfianza hacia la naturaleza humana, débil e inclinada al pecado, derivó en prevención hacia los jueces, y la búsqueda de un orden divino trascen-

⁽¹³⁾ M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, Universidad, 1982; ID., *Las Cortes y la administración de la justicia*, en VV.AA., *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Moderna*, Valladolid, Junta de Castilla y León, 1989, pp. 501-563; ID., *Universidad y sociedad corporativa. Historia del privilegio jurisdiccional del Estudio salmantino*, Salamanca, Tecnos, 1997; e ID., *El solemne orden de los juicios. La lentitud como problema en la historia del proceso en Castilla*, en el *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, 5 (2001), pp. 23-54.

dente, reflejado en la Biblia, la consecución de ciertos principios necesarios, e indisponibles en cualquier juicio humano. Un orden procesal tal, el del Antiguo Régimen, en suma, era difícilmente reductible a la ley. Máxime cuando muchas cuestiones procesales, bien por disposición legal, bien por silencio normativo, bien por recomendación doctrinal, quedaban reservadas para el arbitrio judicial. De ahí que, en Cádiz, se estimase que la reforma radicaba en el principio de legalidad procesal, al tiempo que se desconfiaba, erróneamente, por atribuirles toda culpa, de los jueces. Sin embargo, la figura del juicio en el *ius commune* había sido garantista, enlazando la rectitud procesal con la justicia del fallo, y siendo considerados de necesario respeto los principios de escritura, audiencia, citación y defensa procesales, así como la obligación de juzgar *secundum allegata et probata*, el régimen de pruebas legales y tasadas, y el orden de los recursos, nulidades, apelaciones y suplicaciones. A pesar de lo cual, el proceso del Antiguo Régimen era complejo, lento y caro; se prestaba a abusos por parte de los litigantes, jueces, abogados, escribanos y demás actores del foro, con aceptación de pruebas imperfectas y penas extraordinarias; existían desequilibrios procesales evidentes, en detrimento de los reos, con magistrados que poseían la doble condición de pesquisidores y de jueces, etc. No obstante, la crítica de ilustrados y liberales pecó de excesivamente reduccionista y maniquea, y también de distorsionada: había buenas leyes, pero, malos jueces y prácticas procesales. Ni el modelo de proceso vigente, ni sus leyes, fueron objeto de especiales censuras. De ahí que los liberales gaditanos sólo se preocupasen de asegurar la observancia de las leyes rituarías, y de someter a los jueces, estrictamente, al orden procesal legal. De ahí, también, que, en el proyecto de Reglamento para la *abreviación de las causas criminales*, de abril de 1811, se planteasen como cuestiones prioritarias la salvaguarda de la libertad y la seguridad individuales frente a los atentados cometidos por parte de las autoridades judiciales, y el remedio de las dilaciones procesales. La huella de este fallido Reglamento es visible en la Constitución de Cádiz (arts. 280-308), con disparidad de regulación entre los procesos criminal y civil: garantía de la seguridad personal ante la privación de libertad, eliminación del tormento y de los apremios, prohibición del juramento en la confesión del reo, reforzamiento de su defensa. Pero, lo peculiar de la Constitución gaditana, en la Historia del proceso, fue la sujeción del juez al orden procesal legal, incardinado en la responsabilidad judicial, siendo la brevedad de los juicios y dicha responsabilidad las dos grandes preocupaciones esbozadas en la regulación del texto fundamental. Pero, hay que recordar que la causa por la que se había paralizado el proyecto de Reglamento había sido la previsión de total publicidad del proceso penal, desde la información sumaria hasta la ejecución de la sentencia. No fue posible cumplir, por tanto, el sueño de algunos liberales constituyentes, de los juicios pena-

les públicos de la justicia inglesa. Con la restauración del absolutismo por Fernando VII, en 1814, las *causas de Estado*, para castigar a quienes habían atentado contra su soberanía, tuvieron que ser resueltas con destierros decretados, y no sentenciados. Durante el Trienio Liberal (1820-1823), primó la defensa del orden constitucional, viéndose un amparo de impunidad para los *serviles* o absolutistas en las garantías procesales individuales, al tiempo que ya se criticó, decididamente, planteándose el jurado como una justicia ciudadana, entre iguales, la legislación procesal del Antiguo Régimen.

Con su *Justicia desconstitucionalizada. España, 1834-1868* (pp. 245-287), Marta Lorente sienta las bases de interpretación de *La Justicia isabelina*, que es el contenido de la tercera parte⁽¹⁴⁾. Su estilo, personalmente brioso, vigoroso, envuelve una exposición muy didáctica, de pausadas recapitulaciones, abundantes y periódicas. No sólo se lee, también se oye, gracias a él, una voz muy personal, enérgica y convencida, poderosa y original, peculiarmente combativa. Y se aprecia su personalidad, sinceramente autocrítica, como se ha podido apreciar en el epígrafe precedente, al tratar sobre la Historia crítica del Derecho, de las *cesuras* o *discontinuidades*, que hace suya. Lo que le convierte en una sistemática difusora de sus posiciones historiográficas, y en reconocido prototipo de pugnaz debeladora — su acierto, mayor o menor, está sujeto, obviamente, como siempre, a la apreciación personal — de tópicos ajenos. Como era de esperar, su contribución principia, hon-

(14) M. LORENTE SARIÑENA, *Las infracciones a la Constitución de 1812*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988; Id., *Reglamento provisional y administración de justicia (1833-1868). Reflexiones para una Historia de la Justicia decimonónica*, en Johannes-Michael SCHOLZ (ed.), *El Tercer Poder. Hacia una comprensión histórica de la Justicia contemporánea en España*, Fráncfort del Meno, Vitorio Klostermann, 1992; Id., *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001; Id., *Del control de los hombres al control de las leyes. Parlamento y Constitución en España*, en VV.AA., *Parlamento e Costituzione nei sistema costituzionali europei ottocenteschi*, Bolonia-Berlín, Il Mulino-Dunckler & Humblot, 2003; Id., *Territorio y Jurisdicción: la crisis de la Audiencia hispana*, en F. BARRIOS (coord.), *El Gobierno de un Mundo. Virreinos y Audiencias en la América Hispana*, pp. 1131-1172; Id., *¿Cabe hablar de un constitucionalismo hispánico?*, en VV.AA., *La Constitución de Cádiz de 1812*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004; e Id., *José de Bustamante y la Nación española*, en VV.AA., *Constituciones, Doceañismos, Independencias*, pp. 141-168. También C. GARRIGA y M. LORENTE, *El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)*, en AFDUAM, 1 (1997), pp. 97-142; Id., *Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la Administración (1812-1845). Una propuesta de revisión*, en J. M. INURRITEGUI y J. M. PORTILLO (eds.), *Constitución de España: orígenes y destinos*, pp. 215-272; e Id., *Cádiz, 1812. La Constitución Jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

rada y francamente, con el planteamiento de la tesis, tajante, que luego será argumentada. Con la muerte de Fernando VII, en 1833, y el fin de la utopía reaccionaria de su reinado, periclitán los jurisdiccionales modelos de justicia hasta entonces vigentes, y emergen las leyes que, en dicha materia de justicia, son impuestas por el soberano. La mayor parte de las leyes de organización de la justicia, promulgadas durante el reinado de Isabel II, fueron « infraconstitucionales, e incluso abiertamente infralegales, a lo que hay que añadir que la desvirtuación del proceso legislativo, como consecuencia de la utilización de diferentes *técnicas* — leyes de bases, delegaciones legislativas, etc. —, situó fuera del debate parlamentario, constituyente o no, la tramitación de todas o casi todas las reformas legales de interés para una historia de la justicia » (p. 249). Lo que explica que sólo el destronamiento de Isabel II, en 1868, permitiese que, en 1870, fuese aprobada una ley reguladora de la justicia, la *provisional* LOPJ, entendida, y presentada a sí misma, como una derivación de la Constitución vigente, de 1869. Pero, fue en el reinado de Isabel II, con independencia de sus vaivenes constitucionales, cuando la justicia padeció un proceso de estatalización y desapoderamiento que, sin depender de Constitución alguna, transformó por completo su modelo institucional y funcional, plurisecular. En definitiva, fue entonces cuando se pasó del modelo jurisprudencial de justicia a un modelo administrativo. Sin embargo, el estudio de esta transición o ruptura — advierte Lorente —, no debe hacerse proyectando, en el siglo XIX, categorías actuales, con valoraciones predatadas. Ni abordando su análisis, el de los orígenes de la justicia constitucional contemporánea, desde el presupuesto ideológico actual de que hubo un proceso centralizador y estatal isabelino. Hay conceptos jurídicos, los de ley, función pública, competencia del juez, o separación de poderes, actualmente asentados, que se exportan e incrustan en el examen de sus orígenes históricos, casi siempre de muy complicados partos, sin tener en cuenta de que se trata de perniciosas retroproyecciones de conceptos y valoraciones.

Con esta idea, y meta, de puridad conceptual y metodológica, Marta Lorente se adentra por el selvático *orden* normativo y judicial isabelino. El cambio de una Monarquía *jurisdiccional* a una Monarquía *administrativa*, de una justicia jurisdiccional a otra administrativa, ha de remontarse, conceptualmente, a la *voluntad general* proclamada en la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 1789. A partir de entonces, la ley, expresión de dicha general voluntad, no podrá estar limitada por la historia, y sí, únicamente, por los derechos individuales. Fue así como surgió el concepto formal de ley, cuya génesis no era ya histórica, sino que procedía de concretos órganos legislativos. No obstante, en España, a diferencia de Francia, no se detecta (en Juan Sala, Manuel Colmeiro, José María Antequera), la asunción de ese concepto formal de ley, manteniéndose el tradicional de las *Par-*

tidas alfonsinas. Durante el reinado de Isabel II, por tanto, se mantuvo la concepción historicista de la ley y del código. Nada tiene de extraño, pues, que no se produjese la derogación del legado normativo del Antiguo Régimen, que habría de permanecer en estado de vigencia *latente*, cuando no directamente actuante. Lo que daba lugar a profundas contradicciones, la principal de ellas, cuando de ordenar tan inmenso y heterogéneo legado se trataba, la de una profunda desvirtuación histórica: el orden de prelación de fuentes, contenido en el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348, había nacido para jerarquizar jurisdicciones, y no leyes, por lo que resultaba inservible, en la práctica, a una altura de los tiempos en los que era el Estado el que monopolizaba la producción normativa. Por otra parte, en la Francia revolucionaria, al entender la ley como expresión de la voluntad general, fueron ideados instrumentos que asegurasen su publicación y defensa. En España, en cambio, sólo desde 1837 hubo un sistema de publicación formal, entendiéndose que las normas obligaban sólo después de su inserción en una publicación oficial. Hasta 1889, sin embargo, las leyes fueron publicadas, no en la *Gaceta de Madrid*, sino en los *Boletines Provinciales*, y a las autoridades les eran enviadas las disposiciones, particularmente. Es más, ha comprobado Lorente que las normas no eran insertadas, muchas veces, siquiera en dichos *Boletines*. Ya se ha comentado que el Tribunal Supremo español no fue la Corte de Casación francesa, y que sólo hubo obligación general de motivar las sentencias desde 1855. La deducción es evidente: no se caracterizó el siglo XIX español por la implantación del principio de legalidad, existiendo una clara relación entre la falta de un operante concepto formal de ley y la inexistencia de mecanismos de defensa de la ley, como la casación y la motivación de los fallos. Por lo que se refiere a la Administración de justicia isabelina, hay que partir del hecho de que no hubo un Derecho administrativo fuertemente estructurado bajo el Antiguo Régimen. Advierte Marta Lorente que, lo que acabó con la justicia jurisdiccional, definitivamente, no fue la creación de los tribunales administrativos, sino la obligatoria necesidad, desde 1845, de autorización previa para procesar a los empleados públicos. Porque, los Reales Decretos de 24-III-1834, que suprimieron, definitivamente, los viejos Consejos de la Monarquía del Antiguo Régimen, que eran sustituidos por un Consejo Real de España e Indias, y por una serie de Tribunales Supremos, de posterior desigual suerte, no fueron promulgados al servicio del principio de la separación de poderes, sino para la tramitación diferenciada de los expedientes, los de las Salas de Justicia de los extintos Consejos, por los Tribunales de nueva creación, y los de las Salas de Gobierno, por las diferentes Secretarías de Estado y del Despacho o Ministerios. Por otra parte, desde 1834, proliferaron las instituciones consultivas (Consejo de Gobierno, Consejo Real, Juntas, Comisiones, Comités), que servían para deslegitimar a los órganos representativos, y

para descargar de responsabilidad la gestión de las autoridades públicas. Habiendo sido la responsabilidad personal de los oficiales la clave de bóveda de la justicia jurisdiccional del Antiguo Régimen, no se puede atribuir al Estado liberal, desde luego, el mérito de asumir la de sus agentes. Desde 1845, se puede hablar de Administración, en singular, y de Derecho administrativo, puesto que se había roto ya con la tradición jurisdiccionalista, que nunca se constitucionalizó, tras el fracaso del texto fundamental de 1812.

Con virtud de síntesis, y ejemplos muy bien traídos, María Julia Solla Sastre profundiza en la *Justicia bajo Administración (1834-1868)* (pp. 289-324), se sobrentiende que ya existente, verdaderamente, como acaba de indicarse, y de época isabelina ⁽¹⁵⁾. Se constata una homogeneidad, material y formal, con los planteamientos de Fernando Martínez, lo que denota la impronta del magisterio común de Marta Lorente. Y la modestia de Julia Solla, que advierte no pretender otra cosa que ilustrar, con ejemplos del período isabelino, los « cambios concurrentes, en la administración de justicia, que ha estudiado Fernando Martínez ». Pues bien, la justicia sufrió profundas transformaciones, en efecto, durante el reinado de Isabel II, desde el Estatuto Real, de 1834, hasta la promulgación de la LOPJ, de 1870, asistiéndose, entonces, al progresivo dismantelamiento de la herencia del Antiguo Régimen. El reforzamiento de la Corona se planteó, en el Estado liberal, para fortalecer el poder ejecutivo, como motor del proceso de estatalización, del que formaba parte la justicia. Fue así como la Justicia se subordinó a la Administración, pese a que ambas instancias se definían por oposición entre sí, reduciéndose la primera a los patrones de la segunda. Paralelamente, tuvo lugar un proceso de reducción *funcional* de la Administración de Justicia, y del papel del juez, del que desconfiaba el Estado, cuyo monopolio legislativo no consentía una capacidad creadora autónoma; y otro de reducción *orgánica*, en favor de centralizados órganos jurisdiccionales. Por lo que se refiere a dichas transformaciones, habidas en la Administración de justicia isabelina, entendida como *función*, teóricamente, para el pensamiento liberal, el juez estaba vinculado a la ley, de la que emanaban los principios de inamovilidad, independencia y responsabilidad judiciales. Durante el reinado de Isabel II, sin embargo, no llegó a imponerse el concepto de ley formal, resultante del monopolio legislativo de las Cortes, que era irreconciliable con las múltiples autoridades existentes, de amplios poderes decisorios. Antes de que fuese promulgado el Código Civil de 1889, y su artículo 1º representase al Estado liberal, con su sistema de jerarquía, investido del monopolio de producción de normas, al que

(15) M.J. SOLLA, *Finales como principios. Desmitificando la Ley Orgánica de Tribunales de 1870*, en *AHDE*, 77 (2007), pp. 427-466.

debían someterse las potestades normativas existentes, resultó muy difícil articular la vinculación del juez a la ley. La obligación de motivar las sentencias, recogida, para los pleitos mercantiles de mayor cuantía, en el Código de Comercio de 1829, establecida, en 1838, para las resoluciones del Tribunal Supremo, dictadas en los recursos de nulidad, y extendida, con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, a todas las resoluciones dadas en los juicios civiles, no era considerada como un instrumento de defensa de la ley, sino de control administrativo y jerarquizado de los jueces, ya funcionarizados. En definitiva, las causas de reducción de la función de hacer justicia, en tiempos de Isabel II, fueron, principalmente, la inexistencia de códigos, la no motivación de los fallos, y el que no hubiese leyes en sentido formal. Por lo que se refiere a los jueces, se dieron dificultades esenciales para la puesta en práctica del concepto liberal de juez inamovible: en aras de la adhesión política, sólo fue considerado juez apto el que lo era para llevar a cabo los planes del Gobierno; se mantuvo, aún, la concepción patrimonial del oficio de juez; y cobró mucha importancia, en el ámbito de la responsabilidad judicial, y su práctica, la faceta disciplinaria, sobre todo, con el requisito del antejuicio o autorización previa para procesar a los jueces. En el seno de la Justicia isabelina, el juez no estaba sujeto a la ley, sino a la disciplinaria jerarquía gubernativa, lo que permitió controlar mejor, administrativamente, a unos magistrados en vías de funcionarización. En lo atingente a la transformación *orgánica* de la Administración de justicia isabelina, en tanto que aparato institucional, se produjo una expansión del modelo de centralizada justicia profesional o letrada, en detrimento de la justicia lega, lo que no dejó de ocasionar tensiones, verbigracia, al sustituir, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, a los alcaldes ordinarios por jueces de paz; y una reducción de los órganos dotados de potestad jurisdiccional: en 1834, supresión de los Reales Consejos; en 1838, conversión del Tribunal Supremo, como una especie de órgano de casación, en la cúspide de la jerarquía judicial; en 1844-1845, formación de la jurisdicción contencioso-administrativa y regulación de las atribuciones de los Juzgados de primera instancia; y, en 1868-1870, extinción de la jurisdicción contencioso-administrativa del Consejo de Estado y de los Consejos provinciales, y unificación de los fueros, con supresión de las jurisdicciones especiales mercantil y de hacienda, y restricción de la militar y la eclesiástica. Como resultado de la construcción del Estado liberal isabelino, la administrativización de la justicia se inició, sin base constitucional, desde 1833. Al mismo tiempo, la centralización administrativa hizo que se concibiese la justicia como una parte, no prioritaria, del aparato administrativo. Mas, en un Estado sin el monopolio legislativo y jurisdiccional todavía perfilado, la justicia siguió residenciada en los jueces, y en sus actuaciones, no apareciendo los derechos, para definir constitucionalmente a la justicia, hasta la promulgación de la de 1869.

En medio de la aridez, inevitable, de muchos de los precisos análisis precedentes, y complementando a tanto erudito sistematismo, algo reiterativo, en ocasiones, surge la estimulante visión, para el lector esforzadamente itinerante por los procelosos rumbos de la Historia jurídica del ochocientos español, no pocas veces tan irritante como frustrante, de un auténtico *oasis*, inesperado sólo si no se ha advertido el nombre y apellidos de su cultor: *Justicia en casos. Garantía, proceso y prueba en el procedimiento penal decimonónico* (pp. 325-360), de Jesús Vallejo Fernández de la Reguera ⁽¹⁶⁾. Es un don, el de su autor, el que, como orfebre del breve relato erudito que es, periódicamente nos haga llegar, a sus lectores, *joyas* literarias como ésta, deliciosamente constructivas, y construidas, y deliciosa y reflexivamente demoledoras, como también es el caso, que ejemplifica, con sabiduría, todas las tesis que anteceden. Igualmente, constituye una muestra ejemplar de *casuismo* bien aprovechado, más aleccionador que muchas pétreas construcciones teóricas o que abstrusos sistemas interpretativos de la realidad pretérita. Pero, precisamente por su brillantez, y la originalidad de su punto de vista, con empleo de la narrativa, y aun del *suspense* policiaco, sobre todo, aquí, del judicial, al servicio de una mejor y más estimulante comprensión histórico-jurídica, resulta explicablemente imposible dar cuenta, que le haga justicia en lo que merece, del conte-

(16) J. VALLEJO Y FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, *Fuero Real* 1, 7, 4: pleitos de justicia, en *Historia, Instituciones, Documentos*, Sevilla, 11 (1984), pp. 343-374; ID., *La regulación del proceso en el Fuero Real: desarrollo, precedentes y problemas*, en *AHDE*, 55 (1985), pp. 495-704; ID., *Historia del proceso, procedimiento de la historia. Diez años de Historiografía procesal en España (1979-1988)*, en Bartolomé CLAVERO, Paolo GROSSI y Francisco TOMÁS Y VALIENTE (coords.), *Hispania. Entre Derechos propios y Derechos nacionales*, 2 vols., Milán, Giuffrè, 1990, vol. II, pp. 885-921; ID., *Power Hierarchies in Medieval Juridical Thought. An Essay in Reinterpretation*, en *Ius Commune*, Fráncfort del Meno, 19 (1992), pp. 1-29; ID., *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa, 1250-1350*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992; ID., *Amor de Árbitros. Episodio de la sucesión de Per Afán de Ribera el Viejo*, en *Fallstudien zur Spanischen und Portugiesischen Justiz (15. Bis 20. Jahrhundert)*, Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann, 1994, pp. 211-269; ID., *Il calice d'argento*, en VV.AA., *La categoria giuridica nella Europa del Medioevo, vol. III. Il Medioevo (secoli V-XV)*, de la Storia d'Europa. de G. Ortalli, Turín, Einaudi, 1994, pp. 737-741; ID., *Leyes y jurisdicciones en el Ordenamiento de Alcalá*, en Frank WALTMAN y Patricia MARTÍNEZ DE LA VEGA MANSILLA (eds.), *Textos y Concordancias del Ordenamiento de Alcalá*, Madison, The Hispanic Seminary of Medieval Studies, 1994, pp. 1-19; ID., *El Fuero Real bajo las luces, o las sombras de la edición de 1781*, en *Initium*, 1 (1996), pp. 611-643; ID., *Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la justicia en la cultura del Ius Commune*, en *AFDUAM*, 2 (1998), pp. 19-46; e ID., *Academia y Fuero: Historia del Real en la Real de la Historia*, en *Initium*, 3 (1998), pp. 419-484.

nido de este capítulo, que, por eso, se incluye en dación obligadamente imperfecta. Parte Jesús Vallejo de un delito y del consiguiente proceso a que dio lugar su comisión: el doble asesinato de la Red de San Luis, en Madrid, acaecido en la noche del sábado, 6-X-1849, cuando, en el domicilio del sastre José Lafuente, se halló su cadáver, junto al de un desconocido, no identificado. A través de la prensa periódica de la época, *El Mensajero de los Tribunales*, *El País*, *El Herald*, *La Esperanza*, se asiste a la celeré conclusión del sumario, en horas veinticuatro, de José María Montemayor, titular del Juzgado competente, de primera instancia, del distrito del Barquillo. Y a las sucesivas vistas, en primera, al anochecer del miércoles, 10-X; en segunda, ante la Audiencia de Madrid, el sábado, 13-X; y, en tercera y definitiva instancia, también ante la Audiencia, el lunes, 29-X-1849. Dos días después, los condenados, Clara Marina, sirvienta del sastre asesinado, y su hermano Antonio, fueron ejecutados, a garrote vil, ante la Puerta de Toledo, en multitudinario espectáculo.

Pocos años después, en 1859, hubo representación literaria de esta causa célebre en los *Anales Dramáticos del Crimen*, publicados por José de Vicente y Caravantes, en cinco volúmenes, por entregas, entre 1858 y 1861. Con gran sutileza, a Vallejo Fernández de la Reguera, puesto que toda causa célebre es, antes que otra cosa, una narración, lo que le interesa, en un primer momento, es la particular estructura de lo examinado, absolutamente funcional para el análisis jurídico al que sirve. De este modo, descubre las perfidias literarias o expositivas de un jurista conservador como fue Vicente y Caravantes. En la parte inicial, descriptiva, de su relato, siguió la corriente de la opinión pública, de los periódicos, del fiscal y de los jueces que habían impulsado la causa, y que conducía, directamente, al patíbulo de la Puerta de Toledo; en la segunda parte, analítica, compuso un dictamen jurídico, que cuestionaba tanto el fallo del juez y de los magistrados intervinientes, como el desenvolvimiento del proceso, y las argumentaciones en él esgrimidas. Aunque vigentes el Código Penal, de 1848, y el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia, de 1835, todavía, en 1849, sin código de procedimiento penal o Ley de Enjuiciamiento Criminal, las reglas básicas de la prueba, en el proceso penal, eran las incluidas en *Partidas*, que mantenían vigentes las pruebas semipleonas, y el tormento basado en indicios de entidad suficiente. Es más, *Partidas* III, 14, 12, para el caso de adulterio, admitía la posibilidad de condenar por indicios; y, según el *Fuero Real*, IV, 17, 3, luego recogido en las *Ordenanzas Reales* de 1484 (VIII, 13, 13), la *Nueva Recopilación* de 1567 (VIII, 23, 11), y la *Novísima Recopilación* de 1805 (XII, 21, 16), el morador respondía por las muertes ocurridas en su casa, si no podía mostrar quién las había perpetrado. Aunque el Código Penal de 1848, por su artículo 494, había derogado todas las leyes criminales anteriores a su promulgación, ni el fiscal, ni los magistrados de la Au-

diencia de Madrid entendieron, en octubre de 1849, que tal derogación se hubiese producido. Entre la condena a muerte y la libre absolución mediaban otras posibles sentencias, de absolución en la instancia o de imposición de una pena extraordinaria, diferente y menor que la ordinaria legal, que fueron desechadas. Las pruebas indirectas, de indicios, presunciones e inducciones, todavía admitidas, bajo vigencia constitucional, en 1849, y la inexistencia de garantías, no legales, que sí las había, formalmente, sino constitucionales, condenaron a la pena capital a los imputados en el doble asesinato de la Red de San Luis. Según la Constitución de 1845, ningún español podía « ser procesado, ni sentenciado, sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban ». De la competencia del Juzgado de primera instancia y de la Audiencia de Madrid, no cabía dudar, ni tampoco de sus respectivas diligencias. La ley, en virtud de la cual se condenó a los hermanos Marina, era, en efecto, anterior al delito: ¡nada menos que en seis siglos!

La cuarta y última parte, sobre *Justicia y Constitución*, consta de dos capítulos finales. El primero, y décimo de la obra en su conjunto, corresponde a María del Carmen Serván Reyes, sobre asunto del que es perfecta conocedora, contando, en su apoyo, con diligente y enterada monografía, exhaustiva desde esa y otras perspectivas: *Configuraciones y desfiguraciones de la justicia bajo el constitucionalismo de 1869* (pp. 363-395) ⁽¹⁷⁾. Dicho asunto es, en última instancia, el de pronunciarse sobre el tópico de la Constitución de 1869 como revolucionaria e innovadora, y aprehender la lógica de su período constituyente, de Juntas revolucionarias y propia *Declaración* de derechos individuales, de 8-X-1868: sufragio universal, libertad de cultos, libertad de enseñanza, libertad de reunión y asociación, libertad de imprenta, juicio por jurados, unidad de fueros. En el dictamen de la Comisión Constitucional, de 30-III-1869, se sostuvo que los derechos se desprendían del individuo, y que la ley cedía su primer lugar a la justicia. La posterior Circular del Ministerio de Gracia y Justicia, de 22-VI-1869, consignó que los derechos vinculaban a los jueces, aunque la justicia estaba, a su vez, vinculada a la ley que los jueces tenían que aplicar. La propia Constitución, de 1869, reconoció, y no concedió, derechos, figurando la justicia como salvaguarda de estos derechos individuales. Como poder judicial, rompiendo una larga tradición, la justicia había dejado de ser un campo de acción para la Administración. Y dos De-

(17) C. SERVÁN, *La individualidad velada: titularidad de derechos en el ámbito doméstico bajo el orden constitucional de 1869*, en la *Revista de Derecho Político* de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 55-56 (2002), pp. 425-452; e Id., *Laboratorio constitucional en España. El individuo y el ordenamiento, 1868-1873*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

cretos, de 26-XI y de 6-XII-1868, habían puesto fin, respectivamente, a la jurisdicción retenida y a la multiplicidad de fueros, que quedaron unificados. No obstante, la ley seguía apareciendo, en la Constitución de 1869, como parte insalvable del mecanismo de la justicia, puesto que interesaba hacer depender al juez de la ley, pero, no de la norma constitucional. Así, la ley ordinaria no podía alterar, formalmente, un precepto constitucional, pero, sí vulnerarlo o ignorarlo, puesto que no estaba previsto ningún mecanismo que asegurase la observancia de la Constitución del 69. Es más, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sus sentencias siempre citaban los preceptos constitucionales acompañados de las correspondientes leyes de desarrollo. Y, en la vida parlamentaria, en las Cortes, Nicolás María Rivero, ministro de la Gobernación, reconoció, en su sesión de 11-I-1870, que una Constitución no tenía efecto, ni realidad, si no era completada con leyes. De acuerdo con la Constitución nacida de la *Gloriosa* Revolución de septiembre de 1868, el Poder Judicial no estaba capacitado para atender, directamente, a los derechos, puesto que las remisiones a leyes de sus preceptos le sometían a la soberanía de la ley, privando de tal soberanía al individuo y sus derechos. En concreto, por lo que atañe a la independencia judicial, este principio, uno de los grandes progresos teóricos en 1869, en la práctica, se vio muy ensombrecido por el intervencionismo e intrusismo gubernamentales: en el ingreso a la carrera judicial, por la vía del *cuarto turno* para los que no eran jueces de oposición; en materia de inamovilidad, por las facultades del poder ejecutivo para deponer y trasladar, y la distinción de una inamovilidad absoluta y otra relativa por la LOPJ de 1870; por la participación del Consejo de Estado en ámbitos relacionados con la justicia; porque la jurisdicción disciplinaria también incidía en la inamovilidad, presuntamente garantizada, de los jueces, etc. Además, bajo la vigencia de la Constitución de 1869, convivieron una Justicia aparentemente exclusiva, y una Administración efectivamente excluyente, dadas las interferencias competenciales que la segunda mantuvo respecto a la primera. No obstante, las Leyes Municipal y Provincial, de 20-VIII-1870, redujeron las facultades de las autoridades administrativas, desapareciendo la reserva competencial, que justificaba la exclusión de las judiciales. Sí es cierto, en cambio, que el artículo 30 de la Constitución, de 1869, eliminó la necesidad de autorización previa para procesar, ante los tribunales, a los funcionarios públicos. Pero, una de las grandes quiebras, del modelo de justicia del 69, fue la reserva jurisdiccional en favor de las autoridades militares, que, en el caso de declaración del estado de excepción, no dependía de una decisión constituyente o legislativa, sino de las propias autoridades de guerra, en uso de sus atribuciones. En lo relacionado con el juicio por jurados, pese a que los constituyentes de 1869 eran conscientes de que *juzgar es reinar*, y que el jurado era una expresión de la conciencia popular, no fue reconocido, constitucional-

mente, como un derecho, sino como una mera capacidad (art. 93). En conclusión, aunque favorable a los derechos y libertades, la Constitución de 1869 redujo la función judicial a la ley, con la justificación de que era para proteger los derechos, y para salvaguardarlos frente a la indeterminación y la arbitrariedad en la administración de la justicia.

El último, undécimo, de los capítulos del libro es el que dedica Bartolomé Clavero a la *Justicia en España entre Historia y Constitución, Historia y Constituciones* (pp. 399-428). Para quienes ejercen el magisterio, a partir de un cierto momento de su vida académica, su sino es el de actuar el orden secular, y abrir con sus ponencias o artículos los congresos, cursos, coloquios o simposios a los que acuden, figurando sus aportaciones en primer lugar; o beneficiarse del orden canónico, y cerrar, concluir, poner el *broche del oro*, etc., etc., en esos mismos eventos, y figurar en sus results, en el supuesto de que se den, de las ulteriores publicaciones de rendición de cuentas sapienciales, en el postrero lugar⁽¹⁸⁾. En este caso, lo es con todo merecimiento, tanto de trayectoria científica como de reconocida dedicación al objeto de estu-

(18) B. CLAVERO, *La gran dificultad. Frustración de una ciencia del Derecho en la España del siglo XIX*, en *Ius Commune*, 12 (1984), pp. 91-115; ID., *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la Historia europea*, Madrid, Tecnos, 1986; ID., *Los derechos y los jueces*, Madrid, Civitas, 1988; ID., *Manual de Historia Constitucional de España*, Madrid, Alianza, 1988; ID., *Almas y cuerpos: sujetos de Derecho de la Edad Moderna*, en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. I, Milán, Giuffrè, 1990, pp. 153-171; ID., *Anatomía de España. Derechos hispanos y Derecho español entre fueros y códigos*, en B. CLAVERO, P. GROSSI Y F. TOMÁS Y VALIENTE (coords.), *Hispania. Entre Derechos propios y Derechos nacionales*, vol. I, pp. 47-86; ID., *Antídora. Antropología Católica de la Economía Moderna*, Milán, Giuffrè, 1991; ID., *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; ID., *La gran innovación: justicia de Estado y derecho de Constitución*, en J. M. SCHOLZ (ed.), *El Tercer Poder. Hacia una comprensión histórica de la Justicia contemporánea en España*, pp. 169-188; ID., *Arqueología constitucional: empleo de Universidad y desempleo de Derecho*, en los *Quaderni Fiorentini (QF)*, Florencia-Milán, 21 (1992), pp. 37-87; ID., *Beati dictum: Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden*, en *AHDE*, 63-64 (1993-1994), pp. 7-148; ID., *Garantie des droits: emplazamiento histórico del enunciado constitucional*, en Andrea ROMANO (coord.), *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistici. Atti di un convegno in honore di Francisco Tomás y Valiente*, Milán, Giuffrè, 1994, pp. 19-39; ID., *Sevilla, Concejo y Audiencia: invitación a sus Ordenanzas de Justicia*, en la edición facsimilar de las *Ordenanzas de la Real Audiencia de Sevilla*, de 1603-1632, Sevilla, Guadalquivir, 1995, pp. 5-95; ID., *Imperio de la Ley y Rule of Law: léxico jurídico y tópicos constitucional*, en *QF*, 25 (1996), pp. 283-346; ID., *La Monarquía, el Derecho y la Justicia*, en Enrique MARTÍNEZ RUIZ y Magdalena DE PAZZIS PI (coords.), *Instituciones de la España Moderna. I. Las Jurisdicciones*, Madrid, Actas, 1996, pp. 15-38; ID., *Happy Cons-*

dio. Y, como siempre, Clavero no defrauda expectativas, y sorprende a sus lectores, en continuada tensión de su talante insatisfecho y autoexigente, original por refractario a lo estricta y peyorativamente tópico, en cada momento y asunto a estudiar. Todo ello con pluma combativa en ristre, y estilo muy propio, que se advierte ha influido, a veces creo que inconscientemente, a no pocos de sus discípulos, lo que ha procurado a los que profesan su escuela de aprendizaje un nada vago *aire de familia*, no sólo en temas, sino también en tonos y timbres, y en sus formas de abordaje, tan características. Al inicio de estas páginas ya se hizo referencia a esta nueva contribución de Bartolomé Clavero, por lo que, para evitar enojosas reiteraciones, la síntesis ha de ser, necesariamente, algo, no mucho, dada su densidad, más abreviada. Fue el de 1870 — recordémoslo, otra vez —, el año de la fundación de la Justicia constitucional en España. Su historia preconstitucional era de imprevista jurisdiccional, o lo que es lo mismo, de predominio del derecho sobre la política. Un derecho arraigado en doctrinas tradicionales, con fuerte presencia de la religión, pero que, por su misma prevalencia, contaba con formas de garantía judicial que podían servir al constitucionalismo. Por lo tanto, antes de las Constituciones, hubo algo más que despotismo. Por lo que respecta a la historia española, Bayona y 1808 significaron la primera recepción constitucional francesa, no revolucionaria, sino napoleónica. En 1869, con la Constitución se plantearía la importación de principios de la de los Estados Unidos de América, de 1787, cuando ya se había producido la abolición de la esclavitud, y llevado a cabo las enmiendas constitucionales, concatenadas, del principio de igualdad y de la garantía judicial, de alcance general para los ciudadanos varones. Se trataría, pues, de ver qué fue lo que se rechazó, constitucionalmente, en España, en el siglo XIX. Para ello, Clavero prefiere estudiar las Constituciones histórica, que no abstractamente:

« Aunque no sólo la filosofía del derecho, sino también la doctrina constitucional, o en general jurídica, son muy dadas a lo contrario, manifiesto preferencia, como piedra de toque, por los constitucionalismos concretos frente al pensamiento constitucionalista en abstracto. Lo cual nos sitúa, precisamente, en la historia » (p. 401 *in fine*).

titution. Cultura y lengua constitucionales, Madrid, Trotta, 1997; Id., *Imperio de la ley, regla del derecho y tónica de Constitución*, en AFDUAM, Madrid, 1 (1997), pp. 41-78; Id., *Cádiz como Constitución*, en VV.AA., *Constitución política de la Monarquía española promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812*, Cádiz, Ayuntamiento y Universidad, 2000, vol. II, pp. 75-265; Id., *Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia indígena y Código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; e Id., *Bioko, 1837-1876: Constitucionalismo de Europa en África. Derecho Internacional consuetudinario del Trabajo mediante*, en QF, 35-1 (2006), pp. 429-556.

La Constitución federal estadounidense, de 1787, habría tendido a configurar la justicia como un tercer poder, pero, dependiente de los otros dos, el legislativo y el ejecutivo. Sus jueces eran prácticamente vitalicios, pero, nombrados por el Presidente, con el consentimiento del Senado; los órganos judiciales quedaban pendientes de la determinación del Congreso, a excepción de la Corte Suprema, que lo era por mandato constitucional; el régimen judicial dependía de ley ordinaria del Congreso... Esta imagen de la justicia en Estados Unidos, creada por ley y subordinada al poder ejecutivo en su composición, era la de España en 1870, y que «todavía, pese a la Constitución de 1978, puede que colee» (p. 404 *ab initio*). Pero, en un sistema federal como el estadounidense, las Constituciones de los Estados primaban, y Clavero trae a colación la de Massachusetts, de 1780. En ella, el de la justicia era también el tercer poder, pero, precedido de una declaración de derechos que la contemplaba, y que, incluso, en su función constitucional, parecía anteponerla, si no como poder, sí como garantía frente a los otros dos poderes. De tal manera que el poder judicial, en Estados Unidos, en realidad, no se posponía al legislativo y al ejecutivo, ni a la ley, ni a la Administración, puesto que la justicia, como demostraba la institución del jurado, estaba preconstituída. El propio sistema judicial era, en cierto modo, bicameral, siendo el jurado la cámara principal, cuya colegialidad garantizaba, como salvaguardia, frente a la arbitrariedad. Antes que un *judicial review*, de los tribunales, había un *jury review*. Al multiplicarse los poderes en el federalismo, por dividirse, además de horizontalmente, también en vertical, entre los Estados y la Federación, la necesidad de un arbitraje para los conflictos tendía a dar más poder a la justicia que al legislativo o al ejecutivo. En cambio, la Francia revolucionaria tendió a entender la justicia, en principio, como una instancia ciudadana. En la *Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano*, de 1789, sólo eran identificados, en virtud del principio de separación de poderes, dos: el legislativo y el ejecutivo. Antes de la Constitución de 1791, la justicia era producto de la ley ordinaria, desde 1790, pero, al mismo tiempo, era una justicia directamente ciudadana, con «elecciones periódicas sin requerimientos profesionales, de tribunales colegiados sin jerarquía entre ellos, con posibilidades de revisión entre órganos del mismo rango por reglas de vecindad» (p. 407 *in fine*). Es más, se fomentaba la existencia de mecanismos de sustracción de la justicia a la ley, como el arbitraje opcional o la conciliación obligatoria en materia no penal. Después, la Constitución de 1791, al constitucionalizar esta ley ordinaria sobre la justicia, de 1790, constituyó a ésta en un poder electivo, aunque no representativo, con el correlato de que el ciudadano no podía enjuiciar, ni al legislativo, ni al ejecutivo. Ahora bien, durante el siglo XIX, el modelo constitucional de justicia que se expandió, por Europa, no fue éste, el revolucionario francés, sino en napoleónico, vi-

gente en España, igualmente, hasta que, en 1869, los constituyentes volvieron su mirada hacia los Estados Unidos, para terminar retornándose, con la LOPJ de 1870, al viejo modelo napoleónico, que se implantó, definitivamente. Con él, la justicia tendía a ser una función de ley. Originariamente, el régimen ciudadano de justicia, de 1790-1791, se enrareció, al abandonarse la celebración de elecciones judiciales; luego, se profesionalizó la judicatura, por la vía de la reinventada Universidad napoleónica, una institución del Estado dirigida a la enseñanza, en exclusiva, de sus leyes y códigos, que egresaba estudiantes formados tan solo en las leyes estatales; por último, la codificación canceló la existencia, y la posibilidad misma, de una justicia ciudadana, al reducir ésta a una mera operación de aplicación de la ley, contenida en un código simple, sistemático y completo, presuntamente. El Código civil, desde el de Napoleón, de 1804, constriñó la función de la justicia a la mecánica aplicación de la ley, entendiendo que bastaba su promulgación para que fuese válida, siendo los derechos los resultados de las leyes, y no al contrario. La codificación napoleónica, incapaz de permitir que los poderes fuesen juzgados, no admitió la existencia de un código administrativo, dado que no cabía la posibilidad de que existiese una justicia administrativa en manos de los jueces. El Consejo de Estado francés, como una especie de tribunal supremo en el ámbito administrativo, comenzó a conformar, con sus decisiones últimas, un Derecho administrativo que guiaba al poder ejecutivo en sus actuaciones. El judicial dejó de considerarse, por consiguiente, un poder, al tiempo que la Corte de Casación o Tribunal Supremo se iba convirtiendo en el nuevo poder judicial concentrado, al igual que los restantes poderes. La justicia devino, integralmente, en una función del Estado, y tal fue el generalizado modelo europeo, incluso España, como se ha indicado. Y ya Francia no habría de recuperar, tampoco, el constitucionalismo de derechos, frente al de poderes, o de justicia frente a ley y gobierno, que se encendió, como una fugaz llamarada, desde 1790-1791 hasta la consolidación en el poder, político y en todos los demás, de Napoleón Bonaparte.

En España, para Bartolomé Clavero, la Constitución de 1812 fue el intento de establecer un jurisdiccionalismo de derechos, manteniendo la religión católica como valor constituyente de la comunidad política. Frustrado este intento, no se volverá a recuperar en 1868, cuando se produjo el segundo intento, también fallido, de implantar un constitucionalismo de derechos y libertades, y no de poderes. El modelo de la Constitución de 1869 fue, según se anticipó, la de Estados Unidos, y no la de la Francia napoleónica, que había venido siendo el adoptado en España, desde 1834-1837. Encabezada por una declaración de derechos, la de 1869, recogía alguna expresión, en traducción casi literal, procedente de alguna enmienda constitucional estadounidense, lo que es harto significativo. Las garantías procesales eran

derechos constitucionales, sin necesidad de que mediase la ley. Tras los derechos, la Constitución presentaba los poderes, con la justicia en tercer lugar. Sin embargo, la responsabilidad judicial se definía por referencia a la ley, y el control judicial de los reglamentos administrativos era de legalidad, y no de constitucionalidad. Y la justicia quedaba profesionalizada, con competencia del Consejo de Estado para el ascenso y remoción de los jueces, que ingresaban por oposición. El Ministerio de Justicia regía, por tanto, y de hecho, a la justicia. El jurado sólo se entendía necesario en materia penal de alcance político, o en otro ámbito regulado por ley, mas, siempre circunscrito a lo criminal. En cualquier caso, la justicia quedaba supeditada, más bien a la ley que a los derechos constitucionalmente reconocidos. Pese a todas estas limitaciones, para una verdadera justicia ciudadana, tendidas en la Constitución de 1869, la inmediatamente posterior LOPJ, de 1870, esa ley *fundacional* de la justicia española, acogida constitucionalmente por la siguiente de 1876, que habría de estar vigente más de un siglo, hasta 1985, se retrotrajo al constitucionalismo de cuño napoleónico, desterrando cualquier tipo de influencia del estadounidense. Lo que suponía optar por una justicia supeditada a la ley, y no a los derechos y libertades constitucionales. Como muestra de ello, el jurado sólo era tomado en consideración por ley orgánica, y mantenía su posición subordinada y restringida. Con posterioridad, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872, sus garantías de derechos fueron inferiores a las de la Constitución de 1869, y su amparo directo, admitiéndolas sólo en forma legal, según fuesen así desarrolladas. Y, la justicia, colegiada y profesionalizada, con clara prevención a la ciudadana, de elección directa. En suma, para Bartolomé Clavero, la justicia española, en tiempo constitucional, fue « ley que sesga Constitución y puesta en práctica que desnaturaliza ley », habiendo tenido que afrontar, las dos Constituciones del siglo XX, de 1931 y 1978, el reto de « sujetar justicia de ley a constitucionalismo de derechos »; eso sí, debiendo estar muy presente que « las dictaduras habían agravado, pero, no degenerado, la dependencia » (p. 424 *in fine*).

III. *Algunas observaciones deshiladas ante la realidad de un hacedero Manual crítico del Derecho contemporáneo, como conjunción de discursos historiográficos dispares que cuestionan los presupuestos de partida de la tradición histórico-jurídica.*

« La historia la concibo dramática o trágica en su entraña, y no me basta presentir, nada más que en números, las escenas del teatro del mundo. Por eso, me quedo frío y aburrido si los hombres no salen a escena en sus páginas, y, en ellas, sin bastidores ni bambalinas, los veo actuar y destacarse y sufrir como héroes, o mártires, o suicidas, o pa-

yasos y bufones [...], como protagonistas o en el coro innominado de intérpretes del destino ».

(Carta de Ramón Carande a Josep Fontana. Sevilla, 1972) ⁽¹⁹⁾.

Dos *corpora* instrumentales, muy útiles ambos, y ya aludidos, hacen especialmente manejable este *Manual de crítica* Historia Jurídica contemporánea. Una completa *Bibliografía General* (pp. 429-450), como era de esperar, acotada, con preferencia, salvo excepciones que sirven de muestra criticable, en torno al núcleo de estrictos seguidores y cultores de esta activa, y prolífica, tendencia historiográfica, permite al lector recorrer, con facilitada indicación, la siempre ardua senda de ulteriores profundizaciones. Desde luego, un aprovechamiento adicional de esta relación bibliográfica es el de conocer, consignadas, las autoridades sobre la materia, bien visibles aunque sólo fuese por el número de contribuciones de cada autor: el primero de todos, como era de esperar, con nada menos que veintitrés, Bartolomé Clavero; luego, Carlos Garriga y Marta Lorente, António Manuel Hespanha, Johannes-Michael Scholz, Jesús Vallejo. Objetable es que se reiteren los apellidos y nombre del autor en cada una de sus referencias, resultando enfadosa tal repetición pueril, fácilmente evitable, dada su ordenación férreamente alfabética. Igual provecho, o mayor, incluso, manifiesta el muy trabajado *Índice Analítico* (pp. 451-460), que no lo es tal, en realidad, hay que precisar, dado que *analítico* es el que « procede descomponiendo, o que pasa del todo a las partes » (DRAE, p. 145, s.v., en su segunda acepción). Como es lógico, este que nos ocupa no es toponímico o geográfico, ni siquiera onomástico, para el que ya hay bibliográfico, sino lo más necesario, de materias o *tópicos*, que acertadamente se destacan, en letra negrilla, aquellos estudiados, por principales, con mayor acuciosidad y originalidad, a lo largo del texto. Y son, estos tópicos *ennegrecidos*, por el tiempo del Derecho y el estudio de la Historia, los que cuentan con detalladas subentradas: *Alcaldes* (constitucionales, de Casa y Corte, de Corte o del Crimen, de Hijosdalgo, de la Cuadra, mayores, ordinarios); *Empleados públicos* (cesantes, adhesión política, autorización para procesar, depuración, escalafones); *Jueces* (aspirantes, conciliadores, de apelación, de los grados, de paz, de primera instancia, interinos, letrados); *Justicia* (aparato de, administrativa, ciudadana, de legos, divina, judicial, legal, letrada, profesional,

⁽¹⁹⁾ FONTANA, J., *Don Ramón Carande y la historia económica*, en el *Homenaje a Ramón Carande* de los *Cuadernos Hispanoamericanos*, Madrid, 465 (marzo, 1989), pp. 123-133; la cita, en la p. 127. El fragmento de esta carta había sido previamente publicado, como obituario, al día siguiente de la muerte de Carande, por el mismo Josep Fontana, en un artículo titulado *Más pobres que ayer*, en el diario *El País* de Madrid, de 2-IX-1986.

vindicativa, garantías, gobierno de la, *mayoría de, mengua de la*, modelos, prontitud, rectitud, lentitud); y, ya sin que se explanen aquí sus numerosas subentradas, pero, con mención orientativa, los de Audiencias, Causas, Chancillerías, Codificación, Código, Consejos, Constitución, Cortes, Crisis, Derechos, Juez, Juicios, Juntas, Jurisdicciones, Leyes, Normas, Pena, Poderes, Principios, Procedimientos, Pruebas, Recursos, Responsabilidad, Sentencia, Tribunales. En fin, el sistema de citas que la inteligente coordinadora de la obra, Marta Lorente, ha conseguido que todos sus personales colaboradores acepten, con uniformidad franciscana, es sabio y flexible, al mismo tiempo, puesto que combina el tradicional, de nota a pie de página, aunque aligerado en su número y extensión, y el anglosajón, con bibliografía final remisoría, como se ha señalado. Este *aligerar* las notas se justifica por el acertado espíritu manualístico que entreteje, sutilmente, todo el libro, aunque también pueda ser fruto uncido a ese poderoso movimiento *totalitario* actual, de obsesionada *persecución* generalizada de la nota, en todos los ámbitos editoriales, de divulgación o no, científica o literaria, en pro de no aburrir a perezosos y cada vez más potenciales ignaros lectores, cuyo número parece crecer en estas sociedades occidentales, aparentemente cada día más preparadas e instruidas. Que, sin embargo, rinden todo su presunto interés ante una serie encadenada de pacíficas y fructuosas notas al pie — cuando no son relegadas, vergonzantemente, a la condición de finales, casi siempre estériles, puesto que a ellas no llegan, ya, la mayoría de lectores —, y que no obligan a nadie a que en ellas tengan que remansarse los presurosos viandantes de páginas, ora recorridas con delectación, ora atacadas con fatigada premura.

En lo que se lleva dicho, se ha dado razón de las virtudes de esta obra, en su edición, y previa concepción, y también han sido apuntados, de paso, algunos leves defectos y carencias, veniales, por lo general, aunque luego se abundará en alguno de mayor calado, quizá. Hecha la salvedad de que el autor de estas líneas no es especialista en la materia, como sí lo son, y muy destacados, en conjunto, las once plumas que han pergeñado el libro. Bien entendido que, a mi juicio, la labor de un censor ha de ser doble: primero, y ante todo, obligatoriamente informar, con equilibrio, detenimiento y perspicacia (esto último, si es posible, y en la medida de la capacidad de cada cual), sobre el contenido de lo que se reseña; después, y potestativamente, criticar o apostillar lo que se estime pertinente, con mayor o menor fortuna, según cada quién. Conviene incidir, una vez más, en el apartado correspondiente a la coordinación de la obra, en la ejemplar labor de Marta Lorente, cuyo mérito primordial ha sido el de ejercer, efectivamente, de tal, en sus dos acepciones, signifiante, y significativa: « disposición metódica de cosas » y « concierto de medios, esfuerzos, etc., para una acción común » (DRAE, p. 649, s.v.). Muchas obras coordi-

nadas permanecen, en los anaqueles de las librerías y bibliotecas, que no cumplen ninguna de las dos: ni tienen método, ni nacieron de un esfuerzo concertado. En cambio, la coordinadora ha conseguido que el trabajo resulte de un equipo, entrenado y tácticamente conjuntado, de espíritu unitario. Casi todos los autores se remiten, buscada y previsiblemente, unos a otros, y no una, sino varias veces a lo largo de sus respectivas exposiciones, procurando evitar la reiteración de cuestiones ya tratadas con el recordatorio de que ya lo fueron, y dónde. Las colaboraciones son, todas ellas, de una extensión armónica, e igualitaria, por lo común, así como los epígrafes que dividen cada una. Formalmente, comenzando por el sistema de citas, se respira idéntica cohesión no forzada, ni caprichosa, que es, por el contrario, respetuosa y pragmáticamente clásica. La redacción es sorprendentemente uniforme, al margen de su obligada exigencia de síntesis, también en giros y expresiones de parte de los autores, que denota la huella, como ya se ha notado, de Bartolomé Clavero, maestro, directo o indirecto, de algunos de ellos. La estructura en cuatro grandes partes, o supracapítulos, y su organización interna, se columbra igualmente meditada, hasta el punto de aparentar ser, que no lo es, un libro de encargo. De ahí que los placeres que aguarden al lector que hojee este libro sean los propios de una obra inteligente y equilibradamente proyectada, pensada como una homogénea unidad a la que enriquece su variedad constitutiva. Por lo demás, el recensor, que es hijo de su tiempo, y está obligado a dar cuenta de él, de su actualidad jurídica, que también lo es histórica, esté o no de acuerdo en cómo ésta se modula y articula, constata que el equipo de trabajo está formado por cinco mujeres y seis hombres, siendo quien lo dirige una mujer. Perfecto es, por tanto, su equilibrio, también en su expresión legal vigente, y en su versión constitucionalmente desarrollada, que es la de 1978 en la hora del año 2007. Como se sabe, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (BOE del viernes, 23 de marzo), en su artículo 26, alude a la igualdad en el ámbito de la creación y producción artística e intelectual. En su apartado primero establece que las *autoridades públicas* (y tal es el editor del libro, el Consejo General del Poder Judicial), en el ámbito de sus competencias, velarán por hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades, entre mujeres y hombres, en todo lo concerniente a la « creación y producción artística e intelectual, y a la difusión de la misma ». Precisando, en el apartado segundo, letra c), de dicho artículo, que se habrá de « promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en la oferta artística y cultural pública ». Dado que la entrada en vigor de esta Ley Orgánica, 3/2007, lo ha sido al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, no cabe duda de que la Profesora Lorente, y sus colegas, ya la han cumplido, temprana y diligentemente. También sustantivamente, puesto que los autores del libro, y particularmente las

coautoras del mismo, también en tanto que mujeres, hablan, y ello es siempre reconfortante, de Constituciones y de leyes, de jurisdicciones y de justicia, de derechos y de libertades, en las que sus precedesoras congéneres no contaron, siquiera, con voto, activo y pasivo, a Cortes o a Municipios. En cuestión de libertades históricas, y de su estudio jurídico e histórico, comparable es el trance, visto con perspectiva material, al de quien, siendo descendiente de esclavos negros, le ha llegado la oportunidad de libremente elegir la posibilidad de historiador, institucional, política, social o económicamente, el Imperio británico, el holandés, el francés o el español, como Polibio (Megalópolis, Arcadia, capital de la Liga aquea, c. 209-208 a.C.-Roma, c. 127 a.C.), rehén y esclavo de los romanos, tras la batalla de Pidna, del año 168 a.C., en la que el cónsul Paulo Emilio venció al rey Perseo de Macedonia, que no recuperó su libertad hasta el 150 a.C., por intervención de Publio Cornelio Escipión Emiliano y de Catón, se dedicó a narrar los hechos de la historia de Roma, a fin de resaltar lo que más admiró, la *virtus* romana, su virtualidad constitucional y política, como anuncia al comienzo del libro III de sus *Historias*:

« Aquí, detendremos nuestra exposición y trataremos de la constitución romana; demostraremos luego que las características de esta constitución contribuyeron, al máximo, no sólo a que los romanos dominaran Italia y Sicilia, sino también a que extendieran su imperio a los iberos y a los galos, y además a que, tras derrotar militarmente a los cartagineses, llegaran a concebir el proyecto de dominar el universo »⁽²⁰⁾.

Un historiador, como cualquier otro investigador, no ha de estar predeterminado por sus condicionamientos personales, tampoco por los que giran alrededor del sexo, y leyes como la mencionada, algún día serán obsoletas, y ya inútiles por cumplimiento social de sus objetivos. No obstante, y al margen de que muchas mujeres de hoy día hayan llegado tarde a los beneficios que para ellas hubiera podido reportarles una ley tal, por haber alcanzado sin su apoyo, y en solitario, los propósitos que pretende colmar, conviene dejar constancia de su existencia, cuando se comenta un libro volcado en la defensa de los derechos y libertades, individuales y sociales, de ayer y de hoy, cuyo número y condición se observa que no es cerrado, aquél, ni se halla clausurada, ésta, ni constitucionalmente, ni tampoco en su desarrollo legal. La perspectiva presente sobre el pasado humano va rotando, continuamente, de forma más o menos perceptible, sobremanera, en materia como la que nos preocupa, que es genéticamente actual, y, por consi-

(20) POLIBIO, *Historias*, Libros I-IV, introducción de A. DÍAZ TEJERA, traducción y notas de Manuel Balasch Recort, Madrid, Gredos, reimpresión de 1991 (1ª. ed., 1981), lib. III, 8-9, p. 273. Tal estudio se verifica, en realidad, en el libro VI, 11-18.

guiente, en permanente evolución histórica. Por eso mismo, si una parte esencial de la cuestión sobre la igualdad de la mujer con el hombre se debate en torno a la terminología, a la palabra como representación de lo representado, conviene parar mientes en ciertos términos empleados, una y otra vez, en el libro, y que son nucleares, y hasta consustanciales con su *modis exponendi*. Así, a mi juicio, en demasía se acude a los de *paradigma*, *sistema*, *estructura*, *discurso*, *dispositivo* institucional, *operadores* isabelinos, etc., etc. El obstáculo más inmediato, por haber de ser tachados de anacrónicos, de lenguaje *ad hoc* y estereotipado, importado de la sociología jurídica, a la moda por triunfante, que muchas veces dificultan más que explanan la comprensión del pasado, habiendo otros términos de uso corriente en la época que se investiga, y otros ordinarios, menos impostados, en la estrictamente coetánea de sus lectores. Amén de que se podría hacer gracia de esta dificultad impuesta al lector, e innecesaria, se corre el riesgo de que entienda éste que una exposición tan aparentemente lógica, técnica en general, era también la histórica, realmente; es más, que el régimen constitucional, o su interpretación legal y judicial, con sus factores sociales, económicos y políticos adyacentes, estaba dotado, de hecho, de una lógica tan sistemática y aséptica como tales vocablos parecerían dar a entender, o sobrentender. El recrearse con estas voces artificiosas, de apariencia tan científica y, por consiguiente, tan imparcial y aséptica, además de alejar la exposición de lo histórico de los seres humanos, de carne y hueso, con dudas e inseguridades, que han poblado el pasado, infunde de una falsa seguridad a las interpretaciones, que no sólo se fundamentan en su veracidad o plausibilidad exigibles, sino también en su lenguaje supraordenado al tiempo, el espacio y los seres humanos que constituyen su objeto de testimonio. Por ejemplo, una palabra de tanto prestigio incuestionado como la de *paradigma*, con su resgusto de falso halo de sistematicidad, impropio del mundo mental, y real, del Antiguo Régimen, por supuesto, y también de los balbucesos del Nuevo, el del Estado liberal de Derecho, especialmente en la España del XIX, podría, y debería, ser fácilmente sustituido por otros términos, más acordes a los historiados. Si *paradigma* es el « ejemplo que sirve de norma », lingüísticamente hablando, más acertado sería emplear, verbigracia, el de *impronta*, de ecos que, histórico-jurídicamente, no es preciso ponderar, en tanto que « reproducción de imágenes », o incluso biológicamente, en tanto que « aprendizaje que provoca reacciones estereotipadas frente a un modelo ». En ocasiones, con gran finura terminológica, jurídica e histórica, Bartolomé Clavero acude, por cierto, en demanda y empleo de este uso de *impronta*, aunque más bien referido, por sustitución, al de *cultura* jurisdiccional (p. 400). Otro término, el de *cultura*, abusivamente empleado, que lo desvirtúa innecesariamente, llegándose a pensar que todo lo que el hombre hace, de la cuna a la sepultura, y de la mesa al mingitorio o la

cloaca, lo es. O también podría utilizarse el más genérico, pero adecuado, de *tradición*, como lo hace, asimismo, Marta Lorente, para aludir a la judicialista (p. 285). En este punto, para evitar seguidismos acrílicos, conviene recordar que, cuando Felipe Ruiz Martín valoraba la obra científica de Ramón Carande, a su fallecimiento, en 1986, destacaba como rasgo de la misma, y de su personalidad, el cuidado vocabulario del que hacía gala. Y sus escrúpulos con los tecnicismos económicos. Siempre se negó, Carande, maestro de historiadores económicos, a sustituir con neologismos de la ciencia económica actual los términos contemporáneos de Carlos V, del siglo XVI, en fin, en su magna obra sobre *Carlos V y los banqueros* (1943-1967). Si las gentes iniciadas se entendían con aquéllos, entonces, ¿por qué apelar a otra jerga, aún más sofisticada? Sirva de muestra el que, al estudiar los 491 *asientos*, o contratos de préstamo y cambio concertados por el emperador con sus *hombres de negocios*, Carande los separó, con llaneza y espontaneidad, en cuatro *tramos*: haber puesto *ciclos*, deleitándose en las florituras imaginables, hubiera sido más sonoro para los aficionados, pero también objetable para los conocedores de la compleja doctrina. Y concluye Ruiz Martín, al respecto, recordando a su amigo:

« Hasta me atrevo a barruntar que malhumoraba a Carande que se trajeran a colación nociones elementales de la actual ciencia económica, para exponer las conexiones de la historia, incluso de la Historia económica, antes de la Revolución Industrial » (21).

En su *Presentación*, Marta Lorente levantaba acta (p. 15), justamente satisfecha, de que, por el libro por ella coordinado, habían discurrido, entremezclados, *conceptos e intrumentos institucionales, oficios y expedientes, procedimientos y casos, modelos constitucionales y políticas de la justicia*. Como así es, en efecto. Pero, esa misma relación denota, y delata, silente hasta cierto punto, y de seguro no pretendida, e inadvertidamente, la ausencia, o para ser más justos y ajustados, la escasa presencia de las voces particulares, peculiares, *casuísticas* podría decirse, quizá no tan inapropiadamente, de esos ciudadanos del ochocientos español — también del novecientos, que quedan fuera del ámbito cronológico de la obra —, sometidos a poderes políticos y administrativos, a leyes, y a Derecho mayúsculo impuestamente legislado, por encima de sus derechos individuales, minúsculos para poderes ajenos, de su cuota parte de soberanía nacional o popular encarnada en voluntad unitaria, de su justicia de jueces para sus casos, causas y pleitos particulares. Al lector no le es dado reparar, ni percatarse de las dudas que puedan asaltar a los autores, en general, al hilo de sus respectivos *discursos* — puesto que es vocablo por ellos tan querido —,

(21) F. RUIZ MARTÍN, *La obra científica de Ramón Carande*, en la *Revista de Occidente*, Madrid, 66 (noviembre, 1986), pp. 75-94; la cita, en la p. 91.

siendo la impresión final la de que sus tesis han hallado la gracia de una monolítica, roqueña, veracidad última y completa, sin fisuras, ni objeciones por excepción, o excepciones. Ello tranquiliza e inquieta, a la vez. Lo primero, por ser consecuente lógico de la seriedad, de largo alcance, y la profundidad de sus investigaciones. Lo segundo, porque el lector podría barruntar, y legítimamente sospechar, que sus antepasados del XIX no eran tan *sistemáticos* como sus biógrafos institucionales e iushistóricos suponen, o tienden a creer. Una discrepancia más o menos inefable, que algunos lectores se podrían arrogar, disconformes con unos historiadores tan prestigiosos, en los que extrañarían que, tan críticos con tesis e interpretaciones ajenas, no lo fuesen, aun sólo preventivamente, con la suya, tan arriesgada en su coherente interpretación unitaria y sistémica; esto es, tan absolutamente dependiente de *su* sistema. Porque *De Justicia de Jueces a Justicia de Leyes: hacia la España de 1870*, es un libro que parece un tablero de ajedrez, y sus autores consumados ajedrecistas. Ello sea dicho en manifiesto elogio, pero, también con el asomo de prevención que suscita la vida aplastada por la frialdad lógica, las construcciones conceptuales erigidas de arriba a abajo, o desde la norma en primer plano a la sociedad en uno secundario, sin presencia patente de justificables y administrados, de la praxis del foro y de los tribunales, en la calle y en los estrados, con atención al tránsito de la vida social y de la actividad económica, de los dineros y las vivencias sociales que leyes y preceptos constitucionales tanto ayudaron a ganar, y más a dejar de hacerlo en dignos salarios que no fuesen de hambre o de miseria, en justicia debida, dificultando o mejorando las segundas para el pueblo llano, y de ahí para abajo, con jornaleros y obreros, y de allí para arriba, con burgueses y aristócratas. Transpira poco el libro del palpito, angustias y seguridades, complacencias e injusticias ejemplificadoramente concretas, que padecieron o de ellas se aprovecharon, los españoles del ochocientos, algo perdidos entre tan sugerentes y afinadas *comprensiones* hermenéuticas que, sin embargo, no se enriquecen y cargan de razones con los punzantes, por expresivos, testimonios coetáneos. En ocasiones, la huida de lo particular, vivificante, en pos de lo genéricamente abstracto, y prestigiosamente conceptual por emanado de la retorta científica, lleva a extenderse en el *discurso sobre la independencia del poder judicial* o el *discurso sobre la inamovilidad de los jueces* (p. 311). Lo que obliga a interrogar sobre quiénes los sostenían, quiénes eran sus portavoces, y en qué términos, cómo y por qué lo hacían, ya lo fuesen de liberales o de herederos del Antiguo Régimen. Aquí, lo contingente, lo particular, de hombres y nombres, biografías individuales o colectivas, es lo verdaderamente humano, y también muy significativo de una época y unos mundos, jurídicos, constitucionales. Sistematizando, hasta tal extremo de abstracción, algo tan poco sistemático como suele ser el ser humano, y aun el hombre y la mujer en sociedad, se corre el

riesgo de que el historiador se vea devorado por sus propios *ídola* baconianos — los de Francis Bacon, barón de Verulamio, obviamente —, o que le amenace el gran temor de Goethe, que definía a la *duda* como nosotros podríamos hacerlo con ese *sistema* así concebido, para el análisis histórico, cual « hermafrodita deforme » que todo lo devora en la conciencia y el ánimo humanos. Al igual que Ramón Carande, yo también concibo la Historia, y no creo ser el único, por fortuna, como *dramática o trágica en su entraña*, y, si no es reflejada así, toda aproximación que no lo contemple quedará inevitablemente imperfecta, por muy brillante que resulte. De este modo confiaba Carande sus convicciones, en 1972, a otro gran historiador, igualmente muy preocupado por las raíces humanas del conocimiento histórico, Josep Fontana, en una carta personal que le remitió, uno de cuyos fragmentos fue publicado, tras la muerte del primero, en el diario *El País*, el 2-IX-1986, y que se transcribe por entero, completando la parcial que encabeza este epígrafe:

« Estimo las cifras imprescindibles, pero me quedo muchas veces sediento y, a la vez, harto, cuando tantos estudiosos nos ofrecen, con cifras exclusivamente, obras que muchos reputan definitivas. La historia la concibo dramática o trágica en su entraña, y no me basta presentir, nada más que en números, las escenas del teatro del mundo. Por eso me quedo frío y aburrido si los hombres no salen a escena en sus páginas y, en ellas, sin bastidores, ni bambalinas, los veo actuar y destacarse y sufrir como héroes, o mártires, o suicidas, o payasos y bufones. Y, *tenores y jabalíes*, como protagonistas o en el coro innominado de intérpretes del destino » (22).

A fuer de sincero, es de justicia consignar, de inmediato, que estas reflexiones, aun en el supuesto de que fuesen más o menos acertadas para el caso, de libro, que nos convoca, no convienen o se compadecen, por entero, con él. Hay vida, y casuística, con doble asesinato, juez y magistrados, fiscal y abogado, sumario y vistas orales, juicio y sentencias, ejecuciones y debate doctrinal, brillantemente expuesto e interpretado, con elevación a categoría y no mera contemplación de minúscula *histoire événementielle*, en la *Justicia en casos* de Jesús Vallejo. Y nadie puede dejar de recordar, y estimar, los *combates* por la dignidad en la Historia de los aherrojados y marginados, entre los marginados y aherrojados de Constituciones y Códigos europeos, los indígenas, ya los de América, en Guatemala, ya los de África, en Guinea Ecuatorial, de Bartolomé Clavero (23). Y que uno de los ejes, casi

(22) J. FONTANA, *Más pobres que ayer*, en el diario *El País* de Madrid, de 2-IX-1986; e Id., *Don Ramón Carande y la historia económica*, p. 127, que es cita más completa que la aparecida en el periódico.

(23) B. CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México,

obsesivo, de la denominada Historia *crítica* del Derecho, pretende ser el de la llamada *teoría del otro*. Es demasiado pedir, con exceso culpable de avaricia intelectual, que un *Manual* de 460 páginas, y once manos, que no por muy conjuntadas dejan de reiterar, en ocasiones, ideas, conceptos y hechos, refleje con completitud la riqueza y profundidad, la complejidad y detalle de las investigaciones monográficas, numerosas, que le sirven de sustento, salidas de las manos, también, de dichos autores. Pero, no está de más exigir lo mejor de quienes pueden mejorar lo excelente, en su conjunto, con vistas a una posible segunda edición, revisada y aumentada, desde luego, en la que pudiese contemplarse, con muestras tangibles de ello, qué diferencia había en vivir en un mundo del Antiguo Régimen, bajo una justicia de jueces responsables, o hacerlo en un Estado liberal de justicia subordinada a administradores o funcionarios, y de leyes que no de derechos constitucionales directamente vinculantes, según es la idea angular, y pilar sustentante, del libro. Mas, tampoco conviene violentar los límites, y las posibilidades, de un género literario como es el de la manualística. Hacerlo podría desembocar en el naufragio de la que ha de ser su primera característica, la didáctica, seguida de la segunda, la síntesis, que conlleva sus rémoras de espacio y estilo.

Para concluir, es de crítica justicia lectora felicitar a Marta Lorente por la consecución de esta obra madura, por ella tan magníficamente concebida, ejecutada y concertada. La justificación del encomio ha sido hecha con anterioridad, como se merece, procurando proporcionar los más amplios resortes hermenéuticos de su originalidad y méritos historiográficos, y de su novedad bibliográfica, a fuer de prolijos, y con riesgo de morosidad, con el deseo de que no se pierda la riqueza de sus propuestas, ni quede dificultada su comprensión por carencias en el conocimiento y difusión de sus propuestas epistemológicas, cuyas claves no siempre resultan de fácil y generalizado acceso. Si resulta virtuoso estudiar y crear, más lo es hacerlo en compañía, multiplicando la labor conjunta el beneficio de lo alcanzado, y todavía más el posibilitarlo con una sabia dirección. La cordial enhorabuena ha de hacerse extensiva a la institución que ha acogido la edición del libro, el Consejo General del Poder Judicial, pero, en justicia, sólo ha de serlo en parte, dada su muy discutible decisión de que *esta* obra, de extraordinaria calidad, se haya publicado en *papel reciclado y ecológico 100%*.

Universidad Nacional Autónoma, 1994; Id., *Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia indígena y Código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; Id., *Genocidio y Justicia. La destrucción de las Indias, ayer y hoy*, Madrid, Marcial Pons, 2002; e Id., *Bioko, 1837-1876: Constitucionalismo de Europa en África. Derecho Internacional consuetudinario del Trabajo mediante*, en *QF*, 35-1 (2006), pp. 429-556.

La consecuencia ha sido una edición poco digna y nada acorde con el lustre de autoría y contenido, que disuade, en una primera impresión, de su adquisición. Es de desear que tal cosa no ocurra, a pesar de los méritos que, para ello, ha hecho, con gran *injusticia*, la instancia administrativa editora. Una más de nuestra historia, aunque sólo lo sea editorial, en este caso, sin posible directo amparo constitucional. Al lector sólo le queda esperar enmienda constituyente, en una pronta segunda edición.

Ragguagli Fiorentini

ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO
NELL'ANNO ACCADEMICO 2006-2007

Sono stati graditi ospiti del 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' per un soggiorno di studio il prof. Yoshikazu MURAKAMI della Jikei University di Tokyo, la dott.ssa Marcelle GARCIA GUERRA della Universidade de São Paulo, la dott.ssa Tamara EL KHOURY della Universidad Carlos III de Madrid.

È stato pubblicato il volume 36 dei 'Quaderni fiorentini', in due tomi, per un totale di pp. 1560, dedicato a *Principio di legalità e diritto penale*, con saggi di COSTA, ALESSI, MARTUCCI, CERNIGLIARO, NAUCKE, PETIT, HESPANHA, LACCHÈ, PIFFERI, PALAZZO, DE FRANCESCO, CADOPPI, MECCARELLI, MILETTI, DE SIMONE, PENE VIDARI, LACEY, HASSEMER, LA TORRE, NEPPI MODONA, RÜPING.

Nella 'Biblioteca' del Centro sono stati pubblicati il volume 71 di Irene STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*; la traduzione italiana del volume di Hasso HOFMANN, *Rappresentanza — Rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento* (vol. 72); il volume 73 di Joaquín Varela SUANZES, *Governo e partiti nel pensiero britannico*; il volume 74 di Giovanni CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*; il volume 75 di Manuela MUSTARI, *Il lungo viaggio verso la 'realtà'. Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*.

È stato inaugurato in data 2 maggio 2007 il terzo ciclo di corsi di alta formazione del dottorato in "Universalizzazione dei sistemi giuridici: storia e teoria", che il Centro organizza in collaborazione con l'Istituto Italiano di Scienze Umane di Firenze ed il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Roma La Sapienza. I corsi si sono poi effettivamente svolti secondo il seguente programma, coinvolgendo docenti e dottorandi di altre sedi.

TAVOLA ROTONDA INAUGURALE

2 maggio ore 11 e 15

SABINO CASSESE - RICHARD STEWART - JEAN-BERNARD AUBY, *The emergence of Global Law*

3 maggio ore 10

JEAN-BERNARD AUBY, *Globalisation: les transformations dans l'architecture juridique du monde*

3 maggio ore 16 - 4 maggio ore 10

RICHARD STEWART, *Legitimacy and accountability of Non-State regimes*

DAL DIRITTO STATALE ALLA DIMENSIONE GLOBALE

Il contratto

8 maggio ore 16 - 9 maggio ore 10

EMANUELE STOLFI - RAFFAELE VOLANTE, *Costruzioni antiche ed elaborazioni di diritto comune*

10 maggio ore 10

PAOLO GROSSI, *Dai contratti al contratto*

15 maggio ore 16

PAOLO CAPPELLINI - GIUSEPPE VETTORI, *Sentieri codicistici*

16 maggio ore 10

UGO MATTEI - STEFANO RODOTÀ, *Statuto europeo e statuto globale del contratto**La costituzione*

23 maggio ore 16

DANIELE ARCHIBUGI, *Una democrazia cosmopolitica?*

31 maggio ore 16 - 1 giugno ore 10

BARTOLOMÉ CLAVERO, *Derechos humanos y culturas humanas (1948-2006)*

7 giugno ore 16

MARIA ROSARIA FERRARESE, *La governance*

8 giugno ore 10

MAURIZIO FIORAVANTI, *Percorsi e prospettive del costituzionalismo europeo.*

La giustizia, il penale

12 giugno ore 10

ANTONIO CASSESE, *Recenti sviluppi della giustizia penale internazionale*

13 giugno ore 10

LUIGI CONDORELLI, *Il genocidio tra tribunali penali internazionali e Corte internazionale di giustizia*

14 giugno ore 16

ELENA PACIOTTI - STEFANO RODOTÀ, *Potere dei giudici e ruolo delle Corti nel diritto globale*

19 giugno ore 10

FRANCESCO PALAZZO, *Un diritto penale globale?**La rappresentanza politica*

20 giugno ore 16

In occasione della traduzione italiana del volume di HASSO HOFMANN, *Rappresentanza - Rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento* ne discutono con l'autore:

PIETRO COSTA

GIUSEPPE DUSO

MAURIZIO FIORAVANTI

BRUNO ACCARINO

I corsi di alta formazione sono quindi ripresi nell'autunno a Roma presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Roma La Sapienza secondo il seguente programma:

I. I POTERI PUBBLICI

Coordina Sabino Cassese

26 novembre ore 16 - 27 novembre ore 10

SABINO CASSESE - LORENZO CASINI, *Società civile, Stato, ordinamenti ultrastatali: la partecipazione alle decisioni pubbliche*

28 novembre ore 10

EDOARDO CHITI, *Guerre globali e guerre nazionali*

II. IL MERCATO, LA TECNOLOGIA E L'AMBIENTE

Coordina Sabino Cassese

29 novembre ore 10

BRUNO CAROTTI, *La "governance" di Internet*

30 novembre ore 10

STEFANO BATTINI, *Amministrazioni nazionali e mercato globale: il caso EC-Bio-tech*

11 dicembre ore 10

TOM ZWART, *Adopting a big tent approach towards comparative law: the use of foreign sources by judges*

11 dicembre ore 16 - 12 dicembre ore 10

CARLA MASI DORIA - MARIO CARAVALE, *Società civile e forma degli ordinamenti giuridici*

13 dicembre ore 10

MATHIAS GOLDMANN, *Global governance by information*

III. STATO E CODIFICAZIONE

1. SUPERAMENTO DELLO STATO NAZIONALE E CODIFICAZIONE

Coordina Stefano Rodotà

23 gennaio ore 10

STEFANO RODOTÀ, *Costituzionalismo europeo e codificazione*

30 gennaio ore 16

GUIDO ALPA - GIOVANNI CHIODI, *Dal progetto italo-francese delle obbligazioni e dei contratti alle codificazioni del diritto europeo dei contratti*

2.

6 febbraio ore 10

Tavola rotonda, *Il testo giuridico e le sue traduzioni: regole e conoscenze dalla circolazione all'integrazione*

Presiede

RODOLFO SACCO

Intervengono

STEFANIA CAVAGNOLI

ANTONIO GAMBARO

UGO MATTEI

LAURA MOSCATI

PAOLO SPADA

Conclude

PIETRO RESCIGNO

3.

7 febbraio ore 10

Tavola rotonda, *Le codificazioni commerciali nell'Europa continentale del secolo XIX. Dal Code de commerce 1807 allo HGB*

Presiede

ANNE LEFEBVRE-TEILLARD

Intervengono

CARLO ANGELICI

MARIO CARAVALE

ANDREA DI PORTO

LAURA MOSCATI

UGO PETRONIO

PAOLO SPADA

PIETRO COSTA, <i>Pagina introduttiva</i>	pag. 1
--	-----------

MODELLI E DIMENSIONI

BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Histories and Memories, Cultures and Ethics</i>	9
LEONARDO MARCHETTONI, <i>Ockham e l'origine dei diritti soggettivi</i>	21
LUCA BACCELLI, <i>Guerra e diritti. Vitoria, Las Casas e la conquista dell'America</i>	67
FRANCESCO SAVERIO NISIO, <i>Spinoza con Villey. Il diritto sub specie aeterni</i> . .	103

LA DIMENSIONE GIURIDICA

BEATRICE PASCIUTA, <i>Per una storia della rappresentanza processuale. L'azione alieno nomine nella dottrina civilistica e canonistica fra XII e XIII secolo</i>	149
BERNARDO SORDI, <i>Rappresentanza, organo, organizzazione: l'itinerario del diritto amministrativo</i>	187
EZEQUIEL ABÁSOLA, <i>La dialéctica entre codificación y pervivencia de la cultura jurídica indiana en un ambiente signado por la ausencia de Universidad: el Paraguay de los López (1841-1870)</i>	207
PAOLO PASSANITI, <i>La cittadinanza sommersa. Il lavoro domestico tra Otto e Novecento</i>	233
GIULIO CIANFEROTTI, <i>Ufficio del giurista nello Stato autoritario ed ermeneutica della reticenza. Mario Bracci e Piero Calamandrei: dalle giurisdizioni d'equità della Grande Guerra al Codice di procedura civile del 1940</i> . .	259
GIORGIO MARINUCCI, <i>Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni Trenta</i>	325
PAOLO CARTA, <i>Pensiero giuridico e riflessione politica in Antonio Pigliaru: dalla lezione di Capograssi all'eredità di Gramsci</i>	349
MARCO PASTORELLI, <i>La discrezionalità amministrativa nel pensiero giovanile di Massimo Severo Giannini</i>	381
STEFANO PIETROPAOLI, <i>Mitologie del diritto internazionale moderno. Riflessioni sull'interpretazione schmittiana della genesi dello jus publicum europaeum</i>	465

PAULO FERREIRA DA CUNHA, <i>Subsídios para um ensaio sobre o direito contemporâneo</i>	499
MICHAEL STOLLEIS, <i>Vormodernes und Postmodernes Recht</i>	543

LETTURE

L. BASSO, <i>Individuo e comunità nella filosofia politica di G.W. Leibniz</i> (M. Merlo)	555
F. CASSANO, D. ZOLO (a cura di), <i>L'alternativa mediterranea</i> (A. Colombo)	560
G. DILCHER, E.-M. DISTLER (Hrsg.), <i>Leges - Gentes - Regna</i> (A. Thier).	564
P. GROSSI, <i>L'Europa del diritto</i> (G.S. Pene Vidari)	577
M. LUMINATI, <i>Priester der Themis</i> (P. Costa)	587
C. MALANDRINO, <i>Studi trentiniani</i> (C. Carini)	595
P.P. PORTINARO, <i>Il labirinto delle istituzioni nella storia europea</i> (P. Costa).	598
T. RUBIO GARRIDO, <i>La doctrina de los autores</i> (F. Cuena Boy)	603
N. URBINATI, <i>Representative Democracy</i> (F. Mazzanti Pepe)	625
J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, <i>Política y constitución en España (1808-1978)</i> (Cl. Álvarez Alonso)	631

A PROPOSITO DI

ITALO BIROCCHI, <i>Repertori biografici recenti e storia del diritto. Un progetto di raccolta storica di giuristi italiani</i>	641
ERNESTO DE CRISTOFARO, <i>La nozione di 'governo' nei corsi di Foucault</i>	665
JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA, <i>La sierva Themis en el solar hispano</i>	677

RAGGUAGLI FIORENTINI

<i>Attività del Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 2006-2007</i>	733
---	-----

I collaboratori del « Quaderno » 37

Bartolomé CLAVERO

Catedrático de Historia del derecho — Universidad de Sevilla

Leonardo MARCHETTONI

Dottore di ricerca in Filosofia del diritto — Università di Firenze

Luca BACCELLI

Prof. Straordinario di Filosofia del diritto — Università di Camerino

Francesco Saverio NISIO

Prof. Associato di Filosofia del diritto — Università di Foggia

Beatrice PASCIUTA

Prof. Straordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Palermo

Bernardo SORDI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Ezequiel ABÁSULO

Profesor Protitular de Historia del derecho argentino — Universidad Católica Argentina

Paolo PASSANITI

Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Siena

Giulio CIANFEROTTI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Siena

Giorgio MARINUCCI

Prof. Ordinario di Diritto penale — Università di Milano

Paolo CARTA

Prof. Straordinario di Storia delle dottrine politiche — Università di Trento

Marco PASTORELLI

Dottorando di ricerca in Storia del diritto medievale e moderno — Università di Macerata

Stefano PIETROPAOLI

Assegnista di Filosofia del diritto — Università di Brescia

Paulo FERREIRA DA CUNHA

Professor Catedrático de Direito - Director do Instituto Jurídico Interdisciplinar — Universidade do Porto

Michael STOLLEIS

Emer. Professor für Öffentliches Recht und neuere Rechtsgeschichte — Universität Frankfurt am Main - *Direktor* des Max - Planck - Instituts für europäische Rechtsgeschichte

Maurizio MERLO

Prof. a contratto di Filosofia politica — Università di Padova

Alessandro COLOMBO

Prof. Straordinario di Relazioni internazionali — Università di Milano

Andreas THIER

Ord. Prof. für Rechtsgeschichte, Kirchenrecht und Rechtslehre in Verbindung mit Privatrecht — Universität Zürich

Gian Savino PENE VIDARI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Torino

Pietro COSTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Carlo CARINI

Prof. Ordinario di Storia del pensiero politico moderno — Università di Perugia

Francisco CUENA BOY

Catedrático de Derecho romano — Università di Santander

Fernanda MAZZANTI PEPE

Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche — Università di Genova

Clara ÁLVAREZ ALONSO

Profesora titular de Historia del derecho y de las instituciones — Universidad Autónoma de Madrid

Italo BIROCCHI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Roma 'La Sapienza'

Ernesto DE CRISTOFARO

Assegnista di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Catania

José María VALLEJO GARCÍA-HEVIA

Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones — Universidad de Castilla-La Mancha

